مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية

المستشار الدكتور

عوض المر

الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا



مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية

المستشار الدكتور
عوض المر
الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا

إهــداء......

إلى والدي رحمه الله وطيب ثراه

وإلى زوجتى الغالية ..... التي لولا صبرها على،

وإحاطتها بي، ما كنت شيئاً.

عرفـــان وتقديـــر

ما كان لهذا المؤلف أن يظهر في الصورة التي آل إليها، لولا أن رجلاً فريداً، وعالماً جليلاً عميق المعرفة، وصديقاً عزيزاً، تبناه، وتحمل شخصياً الجزء الأكبر من تكلفته، ثم أعده للطبع في مطابع جامعة سنجور التي شرفت برئاسته لها ...... إنه الفقيه الكبير والأستاذ الجليل ذو الخلق الرفيع ..... الدكتور/ *أحمد القشيري.*

وإنى إذ أوجه لسيادته تحية من القلب، لأدعو الله تعالى أن يجزيه عنى خير الجزاء، وأن يكون الله جل علاه، رفيقه في كل خطوة يخطوها.

المستشـــار الدكتـــور

عوض محمد المر

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــــــديم

١- تباشر المحكمة الدستورية العليا في مصر، الرقابة القضائيـــة علـــى دســـتورية القوانيـــن واللوائح. وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وأفردها بتوليه، حتى تنفرد به.

ومنذ إنشائها، وهي تواجه الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظـــة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التي ارتضتها الجماعة لتحدد على ضوئها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها؛ آخذة في اعتبارها أن النظرة الأعمق لحقوق مواطنيها وحرياتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديموقراطية، بما يرد عنها عدوان السلطة وانحرافها، ويقيم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا متطوراً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا -وهي تتولى التفســـير النـــهائي لأحكـــام الدستور- بأمرين في اعتبارها:

<u>أولهما</u>: أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحيـــها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعنى الكلمة لا تعبر عن آمال في الفراغ، ولا عن صرخـــة فـــي بيداء. وإنما تنقل آمال المواطنين إلى صورة واقعية يعايشونها ويفيدون منها، وهي بذلك لا تتحـــول عن نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح للحياة، ويعاد تشكيلها على ضوئها.

<u>ثانيهما</u>: أن غموض بعض نصوص الدستور أو فرطحتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها. وربما أعانها ذلك على أن تستخلص منها معان أكفل لحقـــوق المواطنيـــن وحرياتهم، وأن تتوافر للدستور بالتالي المرونة اللازمة التي تقتضيـــها مواجهـــة أوضـــاع متغـــيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية -وعلى ضوء ما أصابها مـــن تطـــور، واقتحامها مسائل تتعقد جوانبها وتتباين الآراء حولها- لم تعد اجتهاداً قائماً فقط على إعمـــال حكـــم العقل. بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية تجعلها من أفرع القانون التي تستقل عـــن

غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضوعها.

ذلك أن الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول النصوص القانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عمالياً أو ضرائبياً، أو واقعاً فى إطار مسائل الأحوال الشخصية؛ وإن تعين الفصل فى دستوريتها على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التى تساندها المفاهيم الديموقراطية، فى صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التى تمثل من النفس البشرية جوهرها، والتى يرتد تشويهها بخطاهم إلى الوراء، فلا يقدمون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

٤- <u>بيد أن لهذه الرقابة مشكلاتها وأهمها:</u>

* أن إعادة كتابة الدستور Rewriting the Constitution غير تطويره. ذلك أن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم، ليس مما تتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التى تتحصن مهمتها فى فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء فى نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها، مع إعطائها معان تكفل مفاهيمها الأكثر تقدماً؛ ليظل الدستور صامداً فى مواجهة أنماط التغيير التى تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصياً على تلبيتها.

* أن التفسير الحق للدستور، إنما يتمثل فى النظرة الأشمل للنصوص التى يتضمنها، والتى ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها. فلا يبدو جزراً متناثرة، وإنما يقربها التفسير الصحيح لها -وبافتراض تعارضها- من بعضها.

* أن كل تفسير لنصوص الدستور، ينبغى أن ينطلق من تصور مبدئى مؤداه أن أكثر معانيها ضماناً لرقى الجماعة، هى التى ينبغى التزامها وقوفاً عندها.

ويتحقق ذلك بالإطلال على الآفاق الجديدة التى ترتبط فيها دستورية القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بضرورتها، وفى الحدود التى تتسامح فيها النظم الديموقراطية.

ذلك أن خضوع الدولة بكل تنظيماتها للقانون، مؤداه أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدول القانونية عليها، وتتقيد هى بها، على ضوء مستوياتها التى التزمتها الدول الديموقراطية باطراد فى مجتمعاتها، واستقر العمل على انتهاجها فى مظاهر سلوكها على تباينها،

لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام فى الدول الديموقراطية([1]).

* أن تنوع حقوق المواطنين وحرياتهم التى يكفلها الدستور، يفترض تطبيقها بما يحقق الأغراض المقصودة منها؛ وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقدر ملائمتها لضمان مباشرتها بصورة أفضل.

كذلك فإن الحقوق والحريات التى يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتتكافأ فى منزلتها القانونية.

فلا تتدرج فيما بينها، وإن كان من المسلم أنها لا تتعادل فى أهميتها، ولا فى قدر إسهامها فى تطوير مجتمعها. بل يكون لكل منها دور يوافق الأغراض التى رصد عليها.

* أن الدستور يكفل لحقوق المواطنين التى نص عليها فى صلبه، الحماية من جوانبها العملية، لا من معطياتها النظرية.

ولئن جاز القول بأن ضمانها يتحقق من خلال تدابير متنوعة، من بينها تلك التى تتخذها جهة الإدارة؛ إلا أن الوسائل غير القضائية تقصر فى كل الأحوال على أن تقدم لمن يلوذون بها، الترضية التى يأملونها، ويقتضونها جبراً من المدينين بها. ويظل أثر هذه الترضية كذلك مقصوراً على من طرق أبوابها.

ولا كذلك جهة الرقابة على الشرعية الدستورية التى يكون لها من حيادها واستقلالها؛ ومن انفرادها بالفصل فى المسائل الدستورية؛ ومن الحجية المطلقة لأحكامها التى تقيد الدولة بكل فروعها والناس أجمعين؛ ومن تكافؤ المتناقضين أمامها؛ ما يؤهلها لفرض سيادة الدستور كأساس وحيد لمشروعية السلطة، وليس مجرد ضمان لحرية الفرد.

* أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تردد دوما القيم السائدة فى الجماعة وقت صدور الدستور. إذ لو جاز أن يفسر الدستور بعد سنين من تطبيقه، على ضوء القيم التى عاصرها، لصار الدستور معبراً عن مفاهيم لم يعد للجماعة شأن بها.

([1]) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يعدل الدستور ليواكبها، ظل واقعاً على جهة الرقابة على الدستورية، مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التى تعايشها، لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور وافتعال معان لها لا يتصور ربطها بها؛ وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقراءتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تُعينها على الصمود.

* إن أكثر ما يؤرق المعنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادة اهتمامهم إلى جوانبها العملية، مما أحال دراستهم بشأنها إلى محاولة للتأصيل والتنظير من زاوية مجردة؛ وعلى ضوء شروح نظرية لا تنهل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر فى أنماط الحياة داخل الجماعة؛ وكأنهم يلقون دروسهم من شرفة عالية؛ وفى فراغ يحيط بها.

ولم يكن هذا النهج مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا فى مصر التى أقام جهدها -وبالرغم من حداثة نشأتها- لكثير من المسائل صروحها؛ ولحقوق الأفراد وحرياتهم الحماية الحقيقية من خلال حلول قضائية حازمة منحتها ثقة مواطنيها بها، وجعل دورها متعاظما ومؤثرا فى فروع القانون جميعها، معدلا كثيراً من جوهر أحكامها، ناقلا إليها مفاهيم جديدة لم تألفها، تبلورها آفاق متراميـة تقصر عن بلوغها حرفية نصوص الدستور.

وما كان لها أن تصل إلى غايتها هذه، بغير دفاعها عن الحق والحرية كطريق لا تبديل فيه، مما سارع بخطاها كقوة لها ثقلها من الناحيتين السياسية والقانونية، وكرائدة لحماية أكثر فعالية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، نفاذاً إلى عقولهم قبل قلوبهم، وإثراء لحقل القانون بوجه عام، وعلى الأخص من خلال مفاهيم جديدة توافر القضاء المقارن على تطبيقها فى مجال الشرعية الدستورية، وإن أغفلها بعض الفقهاء فى مصر.

٥- ولئن ظل خصوم المحكمة الدستورية العليا، يناجزونها علّهم يقوضون بنيانها، إلا أن صراعهم معها كان ميلاً لأهوائهم، وممالأة للسلطة نكولاً عن الحق، وتشويها لكل عمل صادق. ولم يكن ما ادعوه من عدوانها على السلطة التشريعية، وتقويضها لاختصاصاتها التقديرية، وإضرارها بمصالح عريضة لمواطنيها، وإخلالها بأوضاعهم الاجتماعية التى استطال ثباتها، إلا بهتاناً.

فالمحكمة لا يعنيها أن تنازع السلطة التشريعية فى مواقفها، إلا إذ جاوزت الحدود التى رسمها الدستور للقوانين التى تقرها.

وتباشر المحكمة ولايتها هذه -لا وفق مقاييس تصطنعها- بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور؛ وربطها بين نصوصه؛ وتحليلها لغاياتها؛ وعلى الأخص فى مجال القيم التى اعتنقها المجتمع فى مجموع أفراده؛ وبمراعاة أن حقوق مواطنيها وحرياتهم، لا تتحدد وفق ضوابط إقليمية، ولا على ضوء نزعة آحادية، بل بوصفها واقعة فى إطار منظومة دولية لها خصائصها.

فلا يفسر الدستور بما يجافيها. خاصة بعد أن صار تنظيمها شاملاً من خلال وثائق دولية تُفصل كل حق وكل حرية، وتبين التدابير الفردية والجماعية التى يجوز التدخل بها لصونها، وعلى الأخص فى الدول النامية، والدول الأقل نمواً، التى تميل كثرتها إلى العدوان على حقوق مواطنيها وحرياتهم التى صار الإيمان بها فى الدول الديموقراطية، جزءاً من أعرافها.

٦- ولا شبهة فى أن ولاية السلطة التشريعية لا تعليها على المحكمة الدستورية العليا التى تراقبها بناء على نصوص الدستور ذاتها، فلا تتقيدان معا بغير أحكامه، ولا تتجرفان عن القيم التى احتضنها، بل تتوازيان فى الخضوع لأوامره ونواهيه.

ولا يتصور بالتالى، أن يقع نزاع ذو شأن بين المحكمة والسلطة التشريعية، ولا أن يتعاملا كخصيمين يتناحران، إذ هما مؤسستان أقامهما الدستور، ليكون تعاونهما وفق أحكامه، قاعدة لا استثناء منها.

والقول بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد يتضمن إخلالاً بأوضاع اجتماعية ثابتة، مردود بأن الأوضاع المناقضة للدستور، لا حصانة لها، ولا يصححها قدمها. فضلا عن أن التسامح مع أوضاع خاطئة، مؤداه تراكمها واتساع دائرة العدوان التى تحيط بها.

٧- وتزداد أهمية الرقابة على الشرعية الدستورية كذلك، من خلال انسحابها إلى كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها.

ذلك أن مثل هذه المعاهدة تعتبر قانوناً بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

ومن ثم تعامل نصوصها كقانون فى مجال الرقابة على الشرعية الدستورية. فلا تخرج عن ولايتها حتى عند هؤلاء الذين يغلبون الطبيعة السياسية للمعاهدة على طبيعتها القانونية، أو ينظرون إليها باعتباره تعبيراً عن إرادة سياسية لا تجوز إعاقتها.

بل إن نصوص المعاهدة الدولية تثير صعوبة حتى فى مجال تفسيرها وتطبيق قواعد القانون الدولى عليها.

ذلك أن القبول بها تراضيا على أحكامها. قد يكون منتفياً. وقد يثور نزاع فى شأن نطاق تطبيقها، أو فى مجال النصوص المتحفظ عليها فيها، أو على صعيد جواز تجزئة أحكامها؛ وإمكان وقفها وإنهائها.

وتظل للمعاهدة فى كل صور تطبيقها –أيا كان موضوعها– قوة القانون.

واعتبارها كذلك، يخضعها وجوباً للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن جاز القول بأن مناهج هذه الرقابة وضوابطها فى شأن المعاهدات الدولية، ينبغى أن تكون أكثر اتفاقاً مع طبيعتها، وصلتها بروابط الدول فيما بينها.

فلا تتمحض الرقابة القضائية على دستوريتها، عن مجرد رؤية قانونية لأحكامها. بل تتداخل فى تقييمها كل العوامل التى تتصل بمناسبة إبرامها، والأوضاع التى تواجهها، والآثار التى تحدثها فى علاقة مصر بغيرها من الدول.

٨- أن الحرية الشخصية لا تعتبر قيمة مجردة من حقائقها، ولكنها تمثل من النفس البشرية أعمق خصائصها.

وأكثر ما يؤثر فيها أن تدل القيود عليها على شهوة التحكم، وعلى الأخص من خلال نصوص جنائية لا تستنهضها الضرورة الاجتماعية، كنص المادة ٨٠/د من قانون العقوبات.

وصار ضرورياً أن تفرض المحكمة الدستورية العليا رقابتها فى أكثر أشكالها صرامة على تلك القوانين، خاصة وأن السلطة لا تتمحض امتيازاً لمن يزاولها؛ ولكنه يباشرها نيابة عن الجماعة ولصالحها وبتفويض منها.

ولا يجوز بالتالى أن تتمحض القوانين الجنائية إيلاما غير مبرر؛ ولا أن تكون شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع، متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها؛ ولا أن تكون نافية لضمانة الدفاع؛ ولا أن تنال من أصل براءة المتهم من خلال قرائن تحكمية تفترض بها مسئوليته عن الجريمة؛ ولا أن يساق إلى جزاء يقرره المشرع بأثر رجعى؛ ولا أن تهدر آدميته من خلال عقوبة تتسم بقسوتها، أو ينافى شذوذها مظاهر الاعتدال؛ ولا أن يدان عن الجريمة بوسائل غير قانونية؛ ولا أن تكون الوسائل القانونية؛ إطاراً شكلياً لحقوق صورية فى حقيقتها، بما يقوض فرصه فى حياة آمنة.

٩- وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا -بمضمونه- حدود إقليمها، وصار لافتا بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء فى الدول الغربية إلى حد قول أحدهم فى مؤلفه عن "القاعدة القانونية فى العالم العربى" بأن هذه المحكمة -وبالنظر إلى هيكلها وولايتها وكيفية تشكيلها- أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مداخل متماسكة، وأن تتابعها فى كل المسائل الدستورية الأساسية التى تواجه بلدها(1).

Far more than any other judicial body, the Supreme Constitutional Court, by reason of its structure, jurisdiction and composition, has been able to develop and pursue a consistent approach to the fundamental legal issues confronting the country.

وآمل أن تثابر المحكمة الدستورية العليا، على أداء هذا الدور، وألا ينقطع جهدها فى ذلك.

١٠- تلك ملامح عريضة لحقائق لا يجوز إغفالها فى مجال بنيان الشرعية الدستورية، التى جعل الدستور زمامها بيد المحكمة الدستورية العليا التى ترتبط مهابتها بقوة أحكامها؛ وبإصرارها على أن تكون سيادة الدستور حقيقة واقعة؛ وبنأيها عن أن تكون طرفاً فى صراع سياسى عقيم أياً كان مداه؛ وبحرصها على أن يكون الحق وحده، قاعدة لكل أحكامها.

فالحق بغير القوة وهم خادع؛ والقوة بغير الحق لا تزيد عن أن تكون شهوة وتسلطاً؛ ومزاوجة الحق بالقوة هى الطريق الوحيد لرقابة دستورية أكثر فاعلية، وحزماً.

ومؤلفى هذا اجتهاد على طريق تتواصل خطاه، وآمل أن يكون صائبا فى أعم المسائل التى تناولها. فإن قصر عن أن يحيط ببعض جوانبها، أو أخطأ فى بعض أجزائها، فذلك شأن كل اجتهاد.

وما أراه هو أن أتناول أولاً الرقابة على الشرعية الدستورية فى ذاتها؛ من جهة مصدرها وضرورتها وطرائقها ومناهجها، وغير ذلك من خطوطها العريضة.

ثم أعرض فى أجزاء تالية لحقوق الإنسان وحرياته المدنية والسياسية. فإذا أذن الله لى بأن أتم بحثها. أعقبتها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لنصل إلى خاتمة العقد ممثلة فى الحقوق الجديدة -كالحق فى التنمية- التى تطور بها الجماعة من نفسها ليحيا الفرد فى نطاقها متكامل الشخصية حقا وصدقاً.

والله ولي التوفيق.

د. عوض محمد المر

الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا

---

(1) Nathan J. Brown [The George Washingtion University] 'The Rule of law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf", Cambridge Univeristy Press, 1997, p. 117.

بسم الله الرحمن الرحيم

الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

تمهيد

(١)

سلطة الدولة

١- إن أكثر ما يميز الدولة، هو احتكارها لسلطة الردع المنظم. وذلك ما يُغاير بينها وبين كل تنظيم آخر يوجد على امتداد إقليمها، اجتماعيا كان أم سياسيا. فالقوة التى تحوزها الدولة واستعمالها لها بما يحمل الآخرين على الرضوخ لسطوتها، هى التى تعطيها المكانة المتفردة فى مجتمعها.

ولم يعد ممكنا مع وجود الدولة، أن يحصل أحد على حق يدعيه، أو على الترضية التى يطلبها لرد عدوان وقع عليه، إلا من خلال الدولة. فلا ينتزع بيده ما يريد اقتضاءه. وصار لازما بالتالى، ألا يكون استعمال الدولة لسلطتها القاهرة التى تنفرد بها فى مواجهة مواطنيها، مرحليا، وأن تكون هذه السلطة ذاتها أداة لتنظيم سلوكهم الاجتماعى من خلال القواعد القانونية التى تفرضها. وهى قواعد تنفرد وحدها بتقريرها، فلا تصدر عن غيرها إلا بتفويض منها، سواء كان هذا التفويض صريحا أم ضمنيا.

٢- وهذه القواعد هى التى تشكل فى مجموعها القانون الوضعى، وهو قانون لا يتصور أن يكون مضمونه، ولا درجة الحماية التى يكفلها لحقوق الأفراد وحرياتهم، موحداً بين الدول جميعها. وإن ظل تعبيراً حيا عن سلطة القهر التى تملكها، والتى تبلور بها سيادتها على إقليمها.

كذلك فإن الطبيعة الملزمة لقواعد القانون الوضعى، يفسرها أن الدولة هى التى تحمل المخاطبين بها -أيا كان مركزهم الاجتماعى- على النزول عليها.

ومن ثم صح القول قانونا، بأن الدولة من أشخاص القانون العام من زاوية إقليمية وسيادية.

وهو ما يعنى دائميتها؛ وتشخيصها لأمتها؛ وانفصالها عن الشخصية الإنسانية؛ واعتبارها محوراً لمصالح مجتمعها؛ واستقلال سلطتها فى القهر عن مواطنيها؛ وعلو سيادتها على كل تنظيم تبسط عليه بأسها؛ وانفرادها بتحديد اختصاصاتها وكيفية مباشرتها.

٣- بيد أن مفهوم السيادة تأثر بالنظم الديموقراطية، فوصفها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى فرنسا عام ١٧٨٩ بأنها سيادة وطنية([1])، وركزتها المملكة المتحدة فى برلمانها، واعتبرها جان جاك رسو سيادة شعبية.

كذلك وقع التباين بين الدول فى كيفية ممارستها. فالنظم الديموقراطية التمثيلية تعهد بها إلى من ينيبهم المواطنون عنهم فى مباشرة السيادة. وهى بعد نظم تغاير فى مضمونها نظم الديموقراطية المباشرة التى يزاول المواطنون فيها بأنفسهم خصائص السيادة، ويجتمعون مع بعضهم البعض لإدارة الحوار، واتخاذ القرار فى كل أمر يتصل بحياتهم اليومية مثلما كان عليه الأمر فى الديموقراطية الأثينية([2])، وهو ما قام الدليل بعدئذ على استحالة تحقيقه من ناحية واقعية.

٤- وكان ضرورياً -لضمان مباشرة السيادة فى حدودها المنطقية، وبما لا تحكم فيه- أن تفرض الدساتير نفسها على السلطة السياسية كى تقيدها؛ وألا ننظر إلى الدستور كوثيقة منحتها لمواطنيها جهة أية كان قدرها أو موقعها؛ وأن يصاغ بالوسائل الديموقراطية التى يندرج تحتها إفراغ نصوصه فى شكل قواعد قانونية تقرها جمعية منتخبة، أو طرحها على الموطنين فى استفتاء عام لتحقيق توافق عليها.

على أن يكون مفهوما أن الدستور، وإن تعلق بتنظيم الدولة، وتحديد نطاق وظائفها، وكيفية مباشرتها؛ إلا أن سيادة الدستور، لا تتحدد بالنظر إلى مضمون القواعد القانونية التى احتواها، وإنما على ضوء الأوضاع الشكلية التى تجعل تعديله عملية معقدة بالغة الصعوبة.

٥-ومن ثم كان منطقيا ضرورة التمييز بين دساتير مرنة تكون لنصوصها المرتبة ذاتها التى تكون للنصوص التشريعية. ودساتير جامدة تحيطها فى مجال تعديلها، قواعد إجرائية غير التى يقتضيها الدستور من السلطة التشريعية فى مجال إقرارها القوانين أو تعديلها.

---

(1) تقررت الحكومة التمثيلية لأول مرة بفرنسا عملا بدستور عام ١٧٩١ الذى يقضى بأن الأمة التى تُستمد منها كل السلطات، لا يجوز أن تُباشرها إلا عن طريق الإنابة.

La nation de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délegation.

(2) كان الاجتماع يتم فى مكان عام يسمى L'agora ولا تزال هذه الديموقراطية المباشرة تلعب دوراً فى بعض الكانتونات السويسرية.

وهذا التمييز بين الدساتير على ضوء مرونتها أو جمودها، هو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن مناط علو الدستور على النظم القانونية جميعها وتصدره لها، لا يتعلق بمضامين نصوصه سواء فى مجال تنظيمها للسلطة أو تداولها، أو توزيعها، أو الرقابة عليها، أو تعريفها بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وإنما تتحقق السيادة لنصوص الدستور إذا نظرنا إليها من زاوية الأوضاع الشكلية التى تتصل أولاً بتدوينها؛ ثم بتأسيسها من قبل سلطة عليا تنبثق عنها السلطتان التشريعية والتنفيذية، فلا تكونان إلا من خلقها، ولا تتقيدان بغير القواعد التى تصدر عن تلك السلطة الأعلى لتحدد لكل منهما نطاق ولايتها.

كذلك فإن هذه الجهة الأعلى، هى التى تحيط تعديل نصوص الدستور بقواعد لها من صرامتها ما يغاير بينها وبين تلك التى تلتزمها السلطة التشريعية فى تعديلها لقوانينها.

وبغير هذه الأوضاع الشكلية التى تتصل بعملية تدوين نصوص الدستور، وكيفية تأسيسها وطرائق تعديلها، لا تتحقق السيادة للدستور، وإنما تنزل نصوصه منزلة القوانين التى تضعها السلطة التشريعية.

بما مؤداه أن الأوضاع الشكلية وحدها، هى التى تسمو بالدستور فوق القواعد القانونية جميعها. وبدونها لا تكون للدستور -وبغض النظر عن الطبيعة الآمرة لقواعده- المكانة الأعلى([1]).

٦- على أن الدستور قد يكون مدونا من خلال إيداع القواعد القانونية التى تنظم السلطة وحقوق الأفراد وحرياتهم، فى وثيقة تكون أساسية من جهة طبيعتها.

وقد يكون الدستور عرفيا، إذا كان تطور قواعده قد تحقق من خلال الاقتناع العام بأهميتها وبضرورة النزول عليها، وبغير حاجة لتدوينها، مثلما هو الحال فى المملكة المتحدة وإسرائيل ونيوزيلندة.

فلا تكون الدساتير العرفية إلا ثمرة تطور تاريخى أفرز فى النهاية نصوصها.

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٣١ جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧، ص ٤٠٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وقد تكون نصوص الدستور مدونة فى بعض أجزائها، وعرفية فى بعض جوانبها. وقد تكون أجزاؤه العرفية مصادمة فى بعض ملامحها لجوانبه المدونة. وقد تملأ هذه الأجزاء العرفية فراغا فيما هو مدون من نصوص الدستور، فتكملها.

وقد يتأثر تفسير النصوص المدونة فى الدستور، بالقواعد العرفية القائمة إلى جانبها، وإن ظل ثابتا أن القواعد الدستورية العرفية، هى التى تتسم باطراد العمل بها، والاقتناع بضرورة تطبيقها، والخضوع لها، شأنها فى ذلك شأن القواعد المدونة.

وفى الأعم، يكون الدستور المدون جامداً، والدستور العرفى مرنا. بيد أن عموم هذه القاعدة، لا يعنى حظر الاستثناء منها. فالدستور المدون قد يكون مرنا، وغير المدون جامداً.

٧- وسواء كان الدستور مدونا أو عرفيا، فإن سيادة الدستور لازمها أن تهيمن أحكامه على كل قاعدة قانونية تليها فى مرتبتها.

فلا تتحقق الغلبة إلا لنصوص الدستور التى تعلو بقامتها فوق غيرها من النصوص.

وما الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية -سواء فى ذلك تلك التى أقرتها السلطة التشريعية، أو التى أصدرتها السلطة التنفيذية- إلا ثمرة لتدرج القواعد القانونية فيما بينها، كل يعلو القاعدة القانونية التى تدنوه، ويجبها عند التعارض بينهما.

فلا يظهر الدستور فى النهاية -ومن خلال هذا التدرج- غير ضمان نهائى لكل حق، ولكل حرية نص عليها.

وهو ما يفترض بالضرورة، أن يكون النظام القانونى -فى مجموع مكوناته- متحررا من التحكم، وأن يبلور علو الدستور تصاعدا هرميا فى السلطة التى تؤسس القواعد القانونية على تباين مراتبها.

ومن شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، القائمة فى حقيقتها على تدرج القواعد القانونية، إبطال النصوص المناقضة للدستور.

وهى رقابة لا تصادم الإرادة الشعبية، ولكنها تقويها من خلال فرض نصوص الدستور على الذين يعارضونها، ويأتون عملا على خلافها.

فالسلطة التشريعية لا تمثل إرادة أمتها إلا فى الحدود التى يكون فيها نشاطها واقعا فى إطار الدستور، وموافقا بالتالى لأحكامه.

كذلك فإن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تباشر ولايتها بما يناقض إرادة أمتها، ولكنها تُعْنَى بأن تعليها على ضوء القواعد التى حددتها لمباشرة السلطة.

وليس الدستور غير إطار للقواعد التى يبلور بها إرادة الأمة بصورة أكثر عمقا، وصرامة وتوثيقا، فلا تجوز معارضتها.

وما يقال من أن السلطة الأعلى ينبغى أن تكون للقانون، وأن مباشرة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لولايتها التى تبطل بها قوانين السلطة التشريعية -التى تتعاون اليوم مع السلطة التنفيذية تعاونا وثيقا لتحقيق الخير العام- قد يؤول إلى عدوانها على السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو إلى إرهاقهما بقيود تعطل مباشرتهما لوظائفهما بصورة فعالة، مردود بأن تفسير القواعد القانونية فرع من تطبيق القضاء لها فى نزاع مطروح عليها.

ولا يقع هذا التطبيق بعيداً عن تدرج القواعد القانونية، وإنما يكون تطبيق الدستور وإخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه، جزءا من عملية التطبيق القضائى للقانون بمفهومه العام.

وهو بعد تطبيق يزداد أهمية مع غموض أو انفراط نصوص الدستور المنظمة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وضرورة إخضاعها لضوابط ومناهج فى التفسير تكفل لها أفضل ضماناتها.

٨- وسواء كان الدستور قد انشأ جهة للرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، لضمان تصويبها قبل تطبيقها، فلا يكون وجودها قلقا؛ أم كان الدستور قد خول هذه الجهة مباشرة رقابتها فى شأن النصوص القانونية بعد العمل بها، بما يجيز إبطالها بعد سنين من تطبيقها، وتعلق كثير من الحقوق بها؛ فإن الرقابة القضائية على الدستورية تظل ضرورة. فلا يكون التخلى عنها إلا عملا مناقضا لجوهر الشرعية الدستورية، بل هو انقضاض عليها.

وتخويل هذه الرقابة لجهة سياسية، سواء بمنحها الاختصاص بالاعتراض على قانون قبل صدوره، أو بإبطال نصوصه بعد نفاذها، لن يكفل لهذه الرقابة فعاليتها، ولن يعطيها دورا مؤثرا فى مجتمعها.

ذلك أن هذه الجهة السياسية فى خصائص تكوينها، لن تكون قادرة على الفصل فــى مســائل قانونية بطبيعتها.

ولن يكون تشكيلها كذلك غير عملية انتقائية تتولاها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذيــة أو هما معاً، لتصطفى بنفسها من خلالها من تقدر بمقاييسها الشخصية، أنه أحق بالتعيين فى جهة الرقابة القضائية على الدستور، لتفقد هذه الجهة استقلالها أو حيدتها اللذين يعطيانها القدرة على مواجهة هاتين السلطتين وإبطال تشريعاتهما المخالفة للدستور.

كذلك فإن اختيار أعضاء هذه الجهة السياسية من خلال حق الاقتراع، يقربــها مــن الســلطة التشريعية، وقد يعطيها الأهمية ذاتها التى لهذه السلطة، أو يجعلها على الأقل مزاحمة لها، بمــا قــد يعطل نشاطها بصفة نهائية([١]).

ومن ثم حق القول بأنه مما يتفق وطبيعة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشرها جهــة قضائية لها من ضماناتها وإجراءاتها، ما يجعل عملها أكثر حيدة وإنصافا.

وليس لازما أن تشكل هذه الجهة من بين أعضاء السلطة القضائية، وإنما يكفيها أن يكون عملها من طبيعة قضائية، وأن تباشره فى إطار قواعد إجرائية تكفل للخصومة الدستورية ضماناتها، وعلــى الأقل فى حدها الأدنى.

وسواء كانت هذه الجهة محكمة عليا وحيدة لها دور مماثل لدور محكمة النقض مضافــا إليــه رقابتها على دستورية القوانين([٢])؛ أم كان الاختصاص بنظر المسائل الدســتورية معقــودا لمحكمــة مركزية تنحصر فيها الرقابة على الشرعية الدستورية، فلا تشاركها فى ذلك محكمة غيرها. مثلما هو الحال فى مصر وفى جمهورية ألمانيا الفيدرالية وفى إيطاليا وفى كثير من الدول الأوروبيــة؛ فــإن طرق التداعى أمامها، والآثار المترتبة على أحكامها، تتحدد أساسا بنص فى الدستور، وقــد يصــدر المشرع قانونا مكملا للدستور فى ذلك، وبمراعاة أن رقابة المحكمة فى شــأن النصــوص القانونيــة

---

(١) انظر فى ذلك مؤلف عنوانه القانون الدستورى والمؤسسات السياسية، كتبه أربعة فقهاء فرنسيون هم:
Charles Debbasch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude RICCI, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3ed édition, Economica, p.83.

(٢) مثلما هو الأمر فى الولايات المتحدة الأمريكية التى تباشر من خلال ولايتها الاستئنافية، رقابتها علــى الشــرعية الدستورية.

المطعون عليها، تحكمها أصلا مجموعة من الضوابط تتمثل فى شرط الوسائل القانونيــة السـليمة، وشرط المعقولية، وشرط التكافؤ فى المعاملة القانونية، وشرط حرية التعاقد.

٩- ولئن جاز القول بأن المسائل الدستورية تناقشها عادة أكثر من جهة مــن بينــها الســلطة التشريعية، إلا أن تخويل جهة الرقابة على الدستورية الكلمة النهائية بشأنها، يجـــعل صوتها -مـن خلال احكامها- هو الأعلى.

بل إن أحكامها هذه، ينبغى أن ينظر إليها؛ بحسبانها مورداً متجـــددا يغــير مفــاهيم القــانون الدستورى، ويثريها.

ذلك أن نقطة البداية فى دراسة مسائل هذا القانون، تبلورها حقيقة القيود التى فرضها الدســتور على السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهى قيود لا يجوز لإحداهما أن تقيلها، ولو كان بيدهــا إغــواء المال وسطوة القوة([1]).

وكلما أقام الدستور إلى جوار هاتين السلطتين جهة للرقابة القضائية علـــى الدســتورية، فــإن مهمتها لن تقتصر على مجرد ملء فراغ فى النصوص، ولا على تفسيرها؛ وإنما هـــى القيــم التـــى تستصفيها من هذه النصـوص، وتطور من خلالها الأوضـاع والاقتصادية والاجتماعية القائمة.

بل إن الحلول التى تخلص إليها جهة الرقابة، قد ينعقد الإجماع عليها، بالنظر إلى ضرورتـــها وموازنتها بين المصالح المتداخلة، بما يكفل حماية أقربها لتحقيق آمال مواطنيـــها وتطلعاتـــهم إلـــى مستقبل أفضل.

١٠- وينبغى دوما أن ننظر إلى نصوص الدستور باعتبارها موجهة إلى أشخاص يتواجـــدون فى مكان معين، وتحيطهم أوضاع لها ظروفها، وآمال يتعلقون بها، فلا تنعزل مفاهيم هذه النصـــوص عن واقعها؛ لتكفل لهؤلاء الأشخاص حقوقهم التى لا يجوز النزول عنها أو إضعافها؛ وحرياتهم التى لا يجوز التضحية بها، وحقائق العدل التى يتعين إرساؤها، ومناهج التفسير التى لا ترهق آمالهم فـــى معاملة قانونية لا تمييز فيها، ولا تخل كذلك بسعيهم إلى سعادة تظلهم([2]).

([1]) يقال عاده فى الدفاع عن تولى السلطة القضائية الرقابة على الدستورية، إنها سلطة ضعيفة لا تملك سيف المعز أو ذهبه.

(2) Declaration of independence of the thirteen United States of America, July 4, 1776.

وحقوقهم وحرياتهم وآمالهم هذه، لها غاياتها التى لا يجوز أن تقوضها السلطة سواء بطغيانها أو بإهمالها؛ أو بإنكارها أن للناس جميعهم حقوقا طبيعية وجوهرية لا يجوز الإخلال بها؛ من بينها حقهم فى الحرية الشخصية؛ وفى إرادة الاختيار؛ وفى ملكية يحوزونها ويستأثرون بمنافعها،وفى ألا تخضعهم سلطة لبأسها -وقد خلقهم الله تعالى أحراراً- بغير موافقتهم التى يفترض أن تتقيد بحدود الدستور والقانون.

(٢)
بين توحد السلطة وتقسيمها

١١- تتوحد السلطة باجتماع فروعها ومظاهرها فى يد واحدة، سواء فى صورة قانونية أو استبدادية. فلا تكون الجهة التى تباشرها إلا قابضة فى شخصها -وفى مواجهة الدولة- على وظائفها الرئيسية.

وأكثر ما يقع ذلك فى النظم الديكتاتورية التى يحتكر السلطة فيها ويمارسها شخص واحد، وإن تعين القول بأنه حتى فى هذه النظم التى تدور السلطة فيها حول محور ينفرد بها، فإن تركيزها فيه، واحتجازها بيده، لا يفيد بالضرورة، امتناع التخلى عن بعض ملامحها لجهة أو أكثر تمارس اختصاصاتها فى شكل مشورة تبديها، وعلى الأخص كلما كان ذلك ملائما من أجل إنقاذ مظهر الديموقراطية.

وحتى فى الأحوال التى توجد فيها سلطتان هما السلطة التشريعية والتنفيذية، فإن توحد السلطة كثيراً ما يتحقق بإخضاع أولاهما لثانيتهما.

ولا يقال عندئذ بأن السلطة جميعها، وفى كل أشكالها، بيد جهة واحدة. وإنما الأدق أن ننظر إلى السلطة المهيمنة على أساس أنها تفرض إرادتها على غيرها، فلا تملك السلطة الخاضعة إلا الائتمار بتوجيهاتها.

وهو ما يعنى أننا أمام سلطتين لا تتوازيان قدرا ولا تتكافآن أهمية. وإنما تمتص أقواهما السلطة التى تقابلها، وتحيلها إلى صورة رمزية لا قيمة لها، لتظل السلطة الحاجزة هى الأعلى، تحيط بتسلطها حقوق مواطنيها وحرياتهم، بما يفقدها جوهرها.

١٢- وقد تتوحد السلطة كذلك من خلال سيطرة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بما ينتزع منها فرصة المبادأة فى اتخاذ القرار، ويخضعها سياسيا لسطوة السلطة التشريعية، سواء فى صورة واقعية أو قانونية تجد سندها - عند المدافعين عنها - فى أن السيادة لا يجوز تجزئتها بين أكثر من جهة، وإنما يتعين تركيز الإرادة الوطنية فى السلطة التشريعية التى تنفرد بالتعبير عنها، والتى تتخذ من أجل تحقيقها كل التدابير والأعمال الهامة فى حياة وطنها، مع التخلى عن بعض المهام التى لا يسعها أو لا يلائمها النهوض بها، إلى سلطة أخرى تقيمها إلى جانبها، وتنبثق عنها، فلا تعادلها فى اختصاصاتها ولا فى وزنها([1]).

(٣)

فصل السلطات من خلال توزيعها

١٣- بيد أن تطوراً عميقا فى المفاهيم القانونية والفلسفية والخلقية، حمل فى ثناياه فصلا للسلطة من خلال توزع مظاهرها بين أكثر من جهة. واتخذ هذا الفصل صورتين يكون فى إحداهما كاملا؛ وفى أخراهما مرنا أو نسبيا.

وهو يكون كاملا وصارما، حين تتكافأ السلطة التنفيذية قانونا مع السلطة التشريعية، فلا تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها بتفويض من السلطة التشريعية، ولكنها تتلقاها مباشرة من أمتها. كذلك لا تباشر السلطة التشريعية امتيازاتها من خلال خضوعها للسلطة التنفيذية، ولكنها تستقل عنها فى ممارستها. وقام الدليل بعدئذ من الحقائق التاريخية، على أن فصل هاتين السلطتين عن بعضهما فصلا كاملاً، ليس إلا تصوراً نظرياً وعقيماً. ذلك أن السلطتين التشريعية والتنفيذية يزاوجهما قدر من التعاون، يقتضى أن يكون الفصل بينهما مرنا، فلا يعملان كجزيرتين منعزلتين فى بحر خضم؛ ولا يقبعان وراء جدران حاجزة؛ ولا يقيمان حدوداً قاطعة بينهما تنحدر بعلاقتهما ببعض إلى أدنى مستوياتها. وإنما يكون التعاون بينهما إيجابياً متصاعداً وخلاقاً. وهو تعاون لا يفترض استقلالهما عن بعض بصورة كاملة، وإنما هو التداخل -بالتقابل- بين ولايتهما.

([1]) وجدت حكومة الجمعية التشريعية فى فرنسا مع دستور ١٧٩٣، وقد أنشأت هذه الجمعية بنفسها مجلسا تنفيذيا من ٢٤ عضوا عينتهم الجمعية لا يملك فى مواجهتها سلطة التقرير، فلا يكون المجلس إلا تابعا للجمعية التى لا تخشاه. ويختلف نظام هذه الجمعية بذلك عن النظم البرلمانية، ذلك أن البرلمان وإن كان يملك إسقاط الحكومة، إلا أن الحكومة بوسعها حل البرلمان بشروط معينة.

١٤- وقد دافع Montesquieu -فى مؤلفه روح القوانين- عن تقسيم السلطة بين أكثر من فرع ليختص كل واحد منها ببعض مظاهرها، مع فصل الأفرع المختلفة التى تباشر السلطة عن بعضها، قائلاً بأن للدولة مهام اجتماعية رئيسية تبلور وظائفها المختلفة. وتتمثل وظائفها هذه فى سلطة عمل القوانين وتصحيحها وإلغائها؛ وسلطة تنفيذ هذه القوانين وإدارة الشئون الدولية؛ وسلطة معاقبة الخارجين على القانون، والفصل فيما يعرضه الأفراد عليها من نزاعاتهم.

ولم يكن ما قرره Montesquieu على هذا النحو، من ضرورة تقسيم السلطة وفصل أفرعها عن بعضها، جديداً كل الجدة، بل سبقه John Locke إلى ذلك فيما قرره أن من اجتماع سلطة القانون وتنفيذه فى يد واحدة، يخولها حق التحلل من القوانين التى أقرتها، والعمل على توفيقها -سواء عند إقرارها أو تطبيقها- مع مصالحها الخاصة.

ولكن الجديد عند Montesquieu هو القاعدة التى يرد إليها مبدأ الفصل. وحاصلها أن السلطة بطبيعتها تميل إلى العدوان، وأن إلزامها حدود الاعتدال، ينبغى أن يكون هدفا ثابتا ضمانا للحرية وتوكيداً لها، فلا تُفزع السلطة مواطنيها، أو تثير خوفهم منها.

ولا يجوز بالتالى أن تباشر جهة واحدة، مظاهر السلطة فى أكثر جوانبها أهمية. بل يتعين تقسيمها بين سلطة تشريعية، وسلطة تنفيذية؛ وسلطة قضائية، تأسيسا على أن توزيعها على هذا النحو ضمان للحرية، وإعلاء لقدرها([1])، على أن يكون مفهوما أن الحرية لا ترخص لأحد بإتيان ما يراه من الأعمال، ولكنها تعمل فى إطار الدستور والقانون اللذين يحددان لكل فرد دائرة الحقوق التى يملكها والتى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون.

بما مؤداه أن الحرية هى حق إتيان الأعمال التى يرخص الدستور أو القانون بها، ويأذن كذلك بإجرائها فى إطار من الشروط المنطقية التى تكفل توافق هذه الأعمال مع قيم الجماعة ومصالحها.

ولا يتأتى ضمان هذه الحرية بالتالى بغير مراعاة موازين الاعتدال La modération التى تحول دون إساءة استعمال السلطة وانحرافها، ذلك إن الحقائق التاريخية على امتداد العصور، تشهد

([1]) وقد تأثر بآراء مونتسيكو بعض القضاة الأمريكيين الذين يرون أن الفصل والتوازن بين السلطات بوجه عام، لم يتقرر بقصد مجرد ضمان حكومة قادرة على النهوض بأعبائها، بل كذلك لصون الحرية الفردية وضمانها.

The purpose of the separation and equilibration of powers in general, was not merely to assure effective government, but to preserve individual freedom. See, Scalia dissenting opinion in Morrison v. Olson, 487 U.S. 654, (1988).

بأن الذين يحوزون السلطة، يميلون إلى استخدامها فى غير أغراضها، وأن منعهم من مجاوزة الحدود المنطقية التى يباشرون السلطة من خلالها، يقتضى حملها على الاعتدال والمعقولية. ولا يكون ذلك إلا من خلال مقابلة السلطة التى يباشرونها بسلطة توقفها Le pouvoir arrête le pouvoir.

ومن ثم كان اجتماع السلطتين التنفيذية والتشريعية فى يد واحدة، إنهاء للحرية التى تُميتها قوانين سيئة يتم تنفيذها بصورة عدوانية.

كذلك فإن دمج السلطة القضائية فى السلطة التشريعية يحيل قضاتها إلى مشرعين يعصفون بالحرية أو يستبدون بها. وإلحاقهم بالسلطة التنفيذية يمنحهم قوة القهر، ويمد لهم شرايين الطغيان.

ولا مفر بالتالى من فصل كل سلطة عن غيرها، مع ضرورة أن تعمل جميعها بتناغم فيما بينها حتى لا يؤول هذا الفصل إلى تعويق حركتها.

(٤)

تقسيم السلطة ضمان ضد الطغيان

١٥- بيد أن تقسيم السلطة بين أفرعها وفصلها عن بعضها البعض، وإن كان ضمانا ضد الطغيان، وتوثيقا للحدود التى احتجز الدستور داخلها ولاية كل فرع منها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذا الفصل لا يجوز أن يكون مطلقا، ولا منهيا كل تعاون بين أفرع السلطة فيما بينها، ولا حائلا دون تبادلها الرقابة فيما بينها، بما يوازن بعضها ببعض([1]) Cheques and balances؛ إلا أن نطاق الولاية التى يباشرها كل فرع وفقا للدستور، قد يشوبها غموض يؤول إلى تنازع الأفرع الثلاثة فيما بينها Conflict - producing ambiguities، وإلى فضها لخلافاتها عن طريق القوه السياسية التى تحتكم لها بما يسخر أدواتها فى الصراع لتحقيق مصالحها الضيقة.

وفى ذلك خطر كبير لا يقلم أظافره غير اقتران فصل السلطة بالعمل على منع تركيزها بصورة متزايدة فى جهة واحدة([2]).

([1]) يتداخل عمل هذه الأفرع مع بعضها. فحق الاعتراض على قانون صدر عن السلطة التشريعية مخول لرئيس الجمهورية. وحق اتهام رئيس الجمهورية فى شأن الجرائم التى ارتكبها، مخول أحياناً للسلطة التشريعية.

([2]) Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th edition, Westbury, New York, The Foundation Press Inc, 1991,p.311.

ويظل واضحا أن فصل أفرع السلطة عن بعضها، مرده إلى نصوص الدستور ذاتها التـــى لا يجوز –فى مجال تحديد معانيها– أن ننظر إلى كلماتها وحدها، بل ينبغى أن نعتد بمـــا نقـــرؤه بيـــن سطورها من مفاهيم كتبتها الحياة فوقها(¹).

It is inadmissible by narrow conception of constitutional law to confine it to the words of the Constitution, and to disregard the gloss which life has written upon them.

بما مؤداه أن العمل الصادر من السلطة التنفيذية – ولو كان الدستور لا يظـــاهره بنصـــوص صريحة – لا تجوز معارضته، إذا كان ترديداً لأعمال أتتها من قبل بصـــورة مطـــردة، ولأزمـــان مترامية؛ وكان اتصال هذه الأعمال بعلم السلطة التشريعية –وبغير منازعة منها– ثابتا على امتـــداد حلقاتها.

(٥)

فصل السلطات لا ينفى تداخلها

ولئن صح القول بأن فصل السلطة وفقاً للدستور –يتحقق من خلال اختصاص كل فرع ببعـض مظاهرها، إلا أن التداخل الجزئى لبعض هذه المظاهر مع بعضها من خلال تعـــاون الأفـــرع التـــى تباشرها– لا يعنى دمجها ببعض .Partly interacting and not wholly disjoined

وينبغى أن يلاحظ كذلك ما يأتى:

أولاً: أن لكل فرع سلطاته الضمنية اللازمة عقلا لإنفاذ مجموع سلطاته التى صرح الدســـتور بها. فلا تكون سلطاته الضمنية، إلا كامنة فى سلطاته الممنوحة، وضرورية لمباشرتها.

Powers implied from the aggregate of express powers granted under the constitution.

فالسلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم عملية الاقتراع وتأمينها بمـــا يصـــون تكاملـــها، ويحول دون تطرق الرشوة إليها أو إفسادها على نحو آخر؛ فرع من سلطته فى أن يعمل على صون أجهزة الدولة ومؤسساتها مما يعوق حركتها أو يدمر بنيانها.

(¹) Justice Frankfurter concurring opinion in Yougstown sheet & Tube Co. V Sawyer [The steel Zeizure Case] 343 U.S. 579, (1952).

وكل اختصاص صرح الدستور به لجهة بعينها، يندرج فيه ضمنا ما يكون لازما لمباشرته بصورة فعالة.فاختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب، يخوله ضمنا اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير الجيوش بعد إعدادها وتهيئتها للقتال([1]).

أما فى نطاق الشئون الخارجية، فإن حقوق الدولة وسلطاتها تعادل تلك التى تكفلها قواعد القانون الدولى لغيرها من الدول. ذلك أن الدولة تعتبر عضواً فى الأسرة الدولية، ولها بالتالى كافة الحقوق التى تتكافأ فيها مع غيرها من الدول دون نقصان، وإلا كان القول بتمتعها بالسيادة الكاملة وهما.

ومن ثم تعتبر الحقوق المقررة لغيرها من الأمم ثابتة لها، ولو لم ينص الدستور عليها([2]).

ومن بين هذه الحقوق، سلطتها فى إبعاد غير المواطنين من إقليمها، وسلطتها فى منعهم من دخول إقليمها وتنظيم شروط إقامتهم فيها([3])، وإقرار القوانين اللازمة لتحديد إطار علاقاتها الخارجية مع غيرها من الدول.

ثانيا: على الدولة بكل سلطاتها -ودون ما نص فى الدستور- أن تتخذ التدابير اللازمة لإيفاء التزاماتها الدولية وفقا لقانون الأمم The Law of Nation.

ولا يجوز لها على الأخص أن تلحق ضررا بغيرها من الأمم التى تسالمها، ولا بمواطنيها الموجودين فى إقليمها.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن <<الدساتير المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما فى المجال المحدد لها أصلا؛ بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فى ربوعها إزاء ما قد تواجهه -فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها- من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص

([1]) كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام معاهدة دولية، يخوله ضمنا حق إنهائها إذا لم يحدد الدستور سلطة الإنهاء على نحو آخر.

([2]) ينبغى أن يلاحظ أنه على صعيد الدول الفيدرالية، فإن الحكومة المركزية هى التى تتمتع بالسيادة فى مجال الشئون الخارجية. أما ولاياتها فليس لها نصيب منها.

([3]) يعتبر الحق فى إبعاد الأجنبى من الإقليم من أعمال السيادة، بل إن هذا الحق لا يقع فى اختصاص السلطة التشريعية وحدها وإنما يعتبر كامنا فى نطاق ولاية السلطة التنفيذية فى مجال إدارتها للشئون الخارجية.

الأضرار التى تواكبها، ولو لم تكن هذه المخاطر من طبيعة مادية، بل كان من شأنها أن تستنهض واجب الدولة فى التدخل تشريعيا لمواجهة التزاماتها الدولية التى حل أجل إيفائها([1])>>.

ثالثاً: تقتصر مهمة السلطة التشريعية على إقرار القوانين التى ترتئيها ملائمة أو ضرورية لمواجهة أوضاع قائمة فى مجتمعها. وليس لها بالتالى أن تفصل فيما إذا كان المخاطبون بها، قد استوفوا شروط تطبيقها؛ وإلا كان ذلك تدخلا منها فى شئون السلطة القضائية.

رابعاً: لا يجوز لأية سلطة، أن تتدخل فى اختصاص أفرده الدستور لغيرها، ولو كان تدخلها أكثر ملاءمة؛ أو كان القرار الصادر عنها أكثر موضوعية.

ذلك أن موضوعية أو ملاءمة قراراتها الصادرة فيما يجاوز اختصاصها، لا يندرج فى إطار الأغراض الأولية التى تتوخاها النظم الديمقراطية.

خامساً: أن تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة تتولاها، وفصل هذه الأفرع بعضها عن بعض، وإن آل أحيانا إلى تنازعها؛ إلا أن تعاونها وتداخل اختصاصاتها فى بعض صورها([2])،ومراقبة بعضها لبعض، توخى دوما أن يكون نقاشها حول المسائل التى تتصل بمصالح مواطنيها فى مجموعهم، حيا، مفتوحا، وعريضاً([3]).

(٦)
حد السلطة هو مباشرتها لولايتها وفقاً للدستور

١٦- ويرعى الدستور الحدود التى تباشر فيها كل سلطة ولايتها، بما تتفق وطبيعة وظائفها، ما لم يكن خروجها على وظائفها الطبيعية مكفولاً بنص خاص فى الدستور، كحق رئيس الجمهورية فى اتخاذ تدابير لها قوة القانون فى حالة الضرورة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية "- قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - ص٢٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

([2]) حق رئيس الجمهورية فى الاعتراض على القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية، يعتبر تدخلا فى العملية التشريعية. كذلك فإن حق الكونجرس فى الولايات المتحدة الأمريكية فى اتهام بعض الموظفين عن طريق مجلس النواب، ومحاكمتهم بواسطة مجلس الشيوخ، تعتبر تدخلا فى الوظيفة القضائية.

([3]) Justice Powell Concurring opinion in INS v. Chadha 462 U.S. 919, (1983).

وليس للسلطة التشريعية بالتالى أن تفصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها حق اتهامهم ومحاكمتهم عن جرائم نص عليها بالنظر إلى خطورتها([1]).

فإذا لم يكن الدستور قد منحها هذا الاختصاص؛ فإن تدخلها فى الطريقة التى يتم بها تنفيذ القانون، يخل باختصاص مقرر أصلا للسلطة التنفيذية وفق طبيعة وظائفها. وينبغى أن يعامل هذا التدخل كاعتراض مرفوض من جانبها، على مباشرة السلطة التنفيذية لولايتها المنصوص عليها فى الدستور.

ويظل تدخل السلطة التشريعية، على النحو المتقدم، مخالفا للدستور، ولو كان القانون الصادر عنها قد خولها حق فصل القائمين على تنفيذ القانون لانعدام كفاءتهم، أو لإهمالهم فى أداء واجباتهم، أو لسوء إدارتهم للوظيفة التى يتولونها.

ذلك أن أسبابا للفصل كهذه، تتسم بتميعها وباتساع مفاهيمها، وخروجها على القواعد اللازمة لضبط النصوص القانونية، بما يمنح السلطة التشريعية حق إيقاع جزاء بناء على وقائع صاغتها بنفسها فى حدود غير ضيقة. كذلك فإن مباشرتها لهذا الاختصاص، يعنى تقييمها لأعمال هؤلاء الموظفين للفصل فى تطابقها مع الأغراض التى توختها تشريعاتها، وأن تنحيهم عن وظائفهم إذا باشروها على نحو يعتبر فى تقديرها خروجا على مقاصدها من القوانين التى أقرتها.

بل يجوز لها كذلك فصلهم، ولو كان نقضهم للأغراض النهائية لهذه القوانين، محتملا. وهو ما لا يأذن الدستور فيه، أو يرخص به.

وحتى لو صدر عن السلطة التشريعية قانون يخولها حق تعيين موظفين يتولون مراقبة تنفيذ قانون الميزانية، ويكونون مسئولين قبلها، فإن تعيينهم استقلالا عن رئيس الجمهورية، يخل بواجبه المنصوص عليه فى الدستور فى أن يرعى أمانة تنفيذ القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية. ولا يجوز بالتالى أن تحتكر السلطة التشريعية لنفسها حق فصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها هذا الاختصاص.

([1]) من بين هذه الجرائم وفقا للدستور الأمريكى، جرائم الخيانة والرشوة.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون قرار السلطة التنفيذية بفصل موظفيها لخروجهم عن حدود واجباتهم، معلقا نفاذه على موافقة السلطة التشريعية.

١٧- وتعاون الأفرع التى تتقسم السلطة بينها، لا يخول أحد هذه الفروع العدوان على اختصاص قرره الدستور لفرع آخر.

ذلك أن استقلالها المطلق عن بعضها البعض وإن كان غير متصور، إلا أن الفصل بينها يدل بالضرورة على أن الاختصاص المحجوز لكل منها، لا يجوز سلبه، وإلا كان التدخل فيه غصبا للسلطة Usurpation of Power.

يؤيد ذلك إن ما توخاه الدستور من ضمان قدر من التعاون بين الأفرع التى تتقسم السلطة بينها، مع مراقبة بعضها لبعض فى الحدود التى نص عليها، هو تحقيق نوع من التوازن بين سلطاتها بما يجعل هذه الأفرع متكافئة فى وزنها. ومما يناقض تساويها وتوازنها، أن يعمد فرع من بينها إلى أن يقبض بيده على مظاهر السلطة جميعها، أو على جوانبها الحيوية، ولو كان ذلك بصورة تدريجية، وتراكمية.

ذلك أن الاختصاص لا يباشر إلا كاملا دون نقصان، ولا يخلص إلا للجهة التى تتولاه وفقا للدستور([1]).

A system of separate and coordinate powers necessarily involves an acceptance of exclusive power that can theoretically be abused.

فضلاً عن أن عدوان فرع على اختصاص مقرر لفرع آخر- ولو كان ذلك بصورة جزئية، أو واقعا فى منطقة قليلة الأهمية - لا يقل سوءا عن إنتهاب هذا الاختصاص بصورة كاملة أو جوهرية.

ويظل مخالفا للدستور بالتالى، كل عدوان على اختصاص لأحد أفرع السلطة، ولو كان لا يخل بجوهر وظيفتها، بل يمسها بصورة جانبية.

([1]) Justice Scalia dissenting opinion in Morrision V. Olson 487 U.S. 654 (1988).

ذلك أن التمييز بين ما يعتبر جوهريا أو ثانوياً من مضمون الاختصاص، لا يقوم على فواصل دقيقة أو معايير حادة. ومثل هذا التمييز يدفعنا كذلك إلى أغوار عميقة يتعذر سبرها([1]).

ولا يجوز بالتالى أن نحقق فى الدرجة التى انخفض إليها الاختصاص، ولا فى نوع أو قدر العوائق التى تعترض جريانه. فالاختصاص هو الاختصاص؛ إما أن يباشر كاملا غير منقوص، وإما أن تكون الحكومة غير خاضعة للقانون على الإطلاق.

ويتفرع عن هذا الأصل:

* أن العدوان على اختصاص السلطة التنفيذية فى مجال مراقبتها لأعمال موظفيها، وفصلهم إذا هم خرجوا على واجباتهم، لا يكون مبررا، ولو قيل بأن أعمالهم تخالطها ملامح تشريعية أو قضائية.

ذلك أن التمييز بين وظيفة تنفيذية صرفه، ووظيفة شبه تشريعية Quasi - legislative وأخرى شبه قضائية Quasi - Judicial، يفتقد إلى ضوابط موضوعية، فلا يكون سائغا فى حكم العقل.

* أن حق السلطة التنفيذية فى التخلى عن اعترافها بحكومة أجنبية، يخولها إنهاء معاهدة دفاع متبادل أبرمتها معها، ولو كان الدستور قد شرط لتصديقها على هذه المعاهدة وإنفاذها بالتالى فيما بين أطرافها، أن تكون السلطة التشريعية قد أقرتها قبل التصديق عليها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن إنهاء السلطة التنفيذية لمعاهدة قائمة، يعد من المسائل السياسية التى لا يجوز لجهة قضائية أن تخوض

([1]) وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل فى نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة. وهى باعتبارها كذلك تتصدر قواعد النظام العام. وإذ كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تباشره من أعمال أخرى لا تدخل فى نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل انحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظائفها؛ وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية، وبين صورة تفصيلية لقواعد ممارستها، فقد تعين على كل سلطة فى مباشرتها لها، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة التى عينها الدستور، وإلا وقع عملها مخالفا لأحكامه.

"دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية"- قاعدة رقم ٣١ -جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ ص ٢٩٤ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فيها. ذلك أن إنهاءها لهذه المعاهدة بقرار منفرد منها، يعتبر نتيجة عرضية مترتبة بالضرورة على سحبها لاعترافها بالحكومة الأجنبية التى كانت ترتبط معها بهذه المعاهدة([1]).

١٨- وللسلطة التشريعية كذلك، ولو قبل اكتمال مدة التفويض الصادر منها لرئيس الجمهورية، أن تنهيه، ولو لم يكن رئيس الجمهورية قد جاوز حدود هذا التفويض.

ولا يعتبر القانون الصادر عنها بإنهاء التفويض، تدخلا منها فى اختصاص مخول لرئيس الجمهورية، ولكنها تستعيد بإنهاء التفويض، ما نقص من ولايتها التشريعية بمقتضاه.

كذلك فإن إكثار السلطة التشريعية من صور التفويض التى تمنحها لرئيس الجمهورية بما يدل على تخليها عن وظيفتها التشريعية فى جوانبها الأكثر أهمية Excessive Delegation، يثير بالضرورة مسئوليتها السياسية، ويطرح كذلك مخالفة هذا التفويض الدستور.

ذلك إن الأصل هو أن تباشر السلطة التشريعية بنفسها ولايتها كاملة، فلا تتخلى لغيرها -من خلال التفويض- عن اختصاص كفله الدستور لها، إلا وفق أحكامه، وفى أضيق الحدود، وبشروط تكفل تحقيق التفويض -سواء من جهة طبيعة المسائل التى يتناولها، أو الأسس التي يقوم عليها تنظيمها، أو المدة التى ينحصر فيها- للأغراض التى يتوخاها.

وفى ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا، << بأن ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفى الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية بأغلبية ثلثى أعضائها، الحق فى إصدار قرارات لها قوة القانون، مؤداه أن حالة الضرورة والأوضاع الاستثنائية، هما اللذان يجيزان تفويض رئيس الجمهورية فى مباشرة بعض مظاهر الولاية

([1]) أثير نزاع في الولايات المتحدة الأمريكية بعد اعترافها بحكومة الصين الشعبية وسحبها لاعترافها بحكومة تايوان. ذلك أن تخليها عن الاعتراف بحكومة تايوان حملها على إلغاء معاهدة الدفاع المشترك التى كانت قد أبرمتها معها مما دفع بعض أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكي لرفع دعوى أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة يعترضون فيها على إنهاء رئيس الجمهورية لمعاهدة الدفاع هذه بقرار منفرد من جانبه فى الوقت الذى يتطلب فيه الدستور الأمريكى موافقة ثلثى أعضاء مجلس الشيوخ على المعاهدة قبل التصديق عليها. إلا أن المحكمة لم تقبل الدعوى ورفضتها دون النظر فى موضوعها، وانقسم قضاتها فيما بينهم حول أسباب الرفض، وإن قال أربعة منهم بأن القضية تثير مسائل سياسية لا يجوز الخوض فيها، وقرر أحد قضاتها بأن النزاع المعروض لا يدخل فى نطاق هذه المسائل.

See, Goldwater v.Carter, 444 U.S. 996 (1979).

التشريعية، وهما ظرفان لا يجوز أن تترخص السلطة التشريعية فيهما، ولا أن تفسرهما على نحو مرن، وبهما معا يتحقق مناط التفويض>>.

<< وليس لها كذلك، أن تنقل -من خلال التفويض- ولايتها التشريعية بأكملها، أو فى جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية؛ ولا أن تقر قانون التفويض بأقل من أغلبية ثلثى أعضائها، وذلك لضمان أن يظل التفويض فى حدود ضيقة لا تفريط فيها. وعليها دوما بمقتضى نص المادة ١٠٨ من الدستور، أن تعين بنفسها "محل التفويض" وذلك من خلال تحديدها القاطع للمسائل التى يتناولها، وأسس تنظيمها بقصد ضبط موضوع التفويض. وهى مكلفة كذلك بأن تجعل التفويض موقوتاً بميعاد معلوم كى تكون مدته حداً زمنياً لا يجوز أن تتخطاه السلطة التنفيذية فى ممارستها لاختصاصها الاستثنائى>>.

وخول السلطة التشريعية كذلك مراقبة تقيد السلطة التنفيذية بحدود التفويض، فألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية التدابير التى اتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لقانون التفويض، وذلك فى أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدة التفويض.

فإذا لم تعرض هذه التدابير على السلطة التشريعية، أو ولم تقرها بعد عرضها عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. وكل ذلك ضمانا لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائى فى حدود القيود التى عينها الدستور، حصرا لنطاقه، وضبطا لقواعده([١])>>.

١٩- والقول بأن كثيراً من الدول تتعقد مجتمعاتها بصورة متزايدة، بما يعجز السلطة التشريعية فيها عن مباشرة مهامها بصورة مقتدرة، ما لم تفوض غيرها فى بعض اختصاصاتها فى إطار خطوط عريضة وتوجيهية، مردود بأن جدود التفويض لا يجوز أن تتسم بإنبهامها، ولا بانسيابها أو إفراطها.

بل يتعين ضبطها بما لا ينتزع من السلطة التشريعية جوهر ولايتها، Encroachment Power، لتباشرها الجهة التى سلبتها منها بدون حق. وفى ذلك خطر كبير يتأتى من اتجاه ميزان القوة لصالح السلطة التنفيذية، ليزداد عودها صلابة بما يجعل تجميعها لسلطاتها وتصاعدها Accumulation of

---

([١]) دستورية عليا -القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٣٥ -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ص ٣٥٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

Power، وكذلك تضخمها Aggrandizement of Power نهجاً ثابتاً لها، يعمق طغيانها ويزيد وطأتـها على من تمسهم ببأسها.

ويتصل بما تقدم، أن تقرير السياسة الجنائية، وتحديد ملامحها من خلال نصوص قانونية تبين الضرورة الاجتماعية التى يقوم التجريم عليها، و موازين العقوبة التى يجوز فرضها على المذنبيـن؛ مما يجب أن تتولاه السلطة التشريعية أصلا. فلا يجوز تفويض السلطة القضائية فـى شـىء مـن ذلك إخلالا بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع فى نطاق اختصاصاتها الأصيلة التى احتجزها الدستور لها([1]).

فقانون العقوبات فى مصر يعاقب على جريمة الفعل الفاضح وعلى جريمة هتك العـرض، دون أن يحدد لهاتين الجريمتين نموذجها القانونى، تاركاً للقضاء مهمة هذا التحديد، ومخالفا بالتالى مبـدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة وأن التحديد القضائى لأية جريمة يقوم على معايير مختلفـة قـد يناقض بعضها البعض، وقد يؤول إلى اتساع دائرة التجريم فى زمن معين وتقليصها فى زمن آخـر، بما ينافى ضوابط التجريم التى تفترض وحده المعايير التشريعية لكل جريمة.

٢٠- كذلك فإن تباين القضاة فيما بينهم، وتفاوتهم فى قدر العقوبة التى يوقعونها فى الجريمـة الواحدة Excessive Disparity لا يخول السلطة التشريعية أن تشكل لجنة غير قضائية يستقل رئيس الجمهورية بتعيين وعزل أعضائها تتغيا معاونة القضاة فى عملهم سواء من خلال معايير إرشـادية تقدمها لهم بما يوحد كلمتهم أو يقربها فى المسائل الجنائية التى يفصلون فيها، أو بإحاطتهم بالضوابط التى يزنون بها العقوبة التى يوقعونها على الجناة.

ذلك أن التحديد التشريعى لمقدار العقوبة مما تختص به السلطة التشريعية. كذلك يدخل تفريدهـا فى اختصاص السلطة القضائية التى لها كذلك أن تفصل فى دستورية مناسبة العقوبة للجريمة التـى تتصل بها. وكل تفويض يصدر عن السلطة التشريعية على خلاف الضوابط المتقدم بيانها، هو انقلاب من السلطة التشريعية على نفسها، بما يثير شكوكا خطيرة حول توازن السلطة بيـن الأفـرع التـى تباشرها([2]).

([1]) Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe line Co., 458 U.S. 50 (1982).

([2]) عكس ذلك قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية
Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

٢١- للسلطة التنفيذية وحدها، بعد اعترافها بحكومة أجنبية، وتبادلها للعلائق الدبلوماسية معها، أن ترتبط معها باتفاق ينظم تسوية بعض المسائل المعلقة بينهما.

ولا يعتبر هذا الاتفاق معاهدة دولية قائمة بذاتها لا يجوز التصديق عليها قبل أن تقرها السلطة التشريعية. بل جزءا من علاقة دولية متكاملة، يتقدمها اعترافها بالحكومة الأجنبية؛ ويتوسطها تبادلها الروابط الدبلوماسية معها؛ وخاتمتها حل المسائل المتنازع عليها باتفاق يتضمن تسويتها.

واختصاص السلطة التنفيذية وحدها بما تقدم، مرده أنها وحدها هي التي يجب أن يكون صوتها منفرداً في الشئون الخارجية، توجهها بالطريقة التي تراها بما يوثق روابطها، ويرعى مصلحتها مع الدول الأجنبية المعنية([1]).

٢٢- وقد تواجه الدولة غزوا أجنبيا أو تمردا داخليا أو حربا أهلية، بما يهدد تكامل إقليمها أو وحدة أبنائها أو ترابط مصالحها.

وقد تدهمها هذه المخاطر، فلا يكون بوسعها مقابلتها إلا بتدابير عاجلة يكون عنصر الزمن حاسما في فعاليتها.

وليس لازما لاتخاذ هذه التدابير، أن يتربص رئيس الجمهورية قرارا من السلطة التشريعية تعلن به حربا على القوة الغازية، أو الجماعة المتمردة، أو العصبة الانفصالية، ولو كان الدستور قد خولها وحدها الاختصاص بإصدار هذا القرار.

ولا كذلك استخدام رئيس الجمهورية للقوات المسلحة أو تكثيفها أو نشرها، بقصد القيام بأعمال عدائية فيما وراء الحدود الإقليمية لبلده.

([1]) United States v.Belmont, 301 U.S. 324 (1937).

انظر كذلك قضية Dames and Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981).

وتتلخص وقائعها في أن الرئيس الأمريكي كارتر، عقد اتفاقا مع الحكومة الإيرانية حتى تفرج إيران عن الرهائن الأمريكيين المحتجزين لديها. وقد توخى الاتفاق إبطال كل الحجوز على الأموال الإيرانية بالولايات المتحدة، ووقف كل الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الأمريكية ضد إيران مع تقديمها إلى محكمة خاصة للتحكيم تكون قراراتها ملزمة بشأنها. وقد أيدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتفاق تأسيسا على أن الكونجرس إما أن يكون قد رخص صراحة به، أو وافق عليه بصورة ضمنية.

إذ تظل هذه الأعمال فى غيبة قرار بإعلان الحرب، مقيدة بالضرورة التى تقتضيها؛ ومشروطة بموافقة السلطة التشريعية- الصريحة أو الضمنية- وفى حدود الضوابط التى قررتها.

وللسلطة التشريعية دوما أن تقيد من سلطة رئيس الجمهورية فى مجال استخدام القوة فيما وراء الحدود الإقليمية، وذلك من خلال حجبها التمويل اللازم لدعم الجهود الحربية.

٢٣- ويلاحظ أن نصوص الدستور الصريحة، لا تفسر وحدها اختصاص كل سلطة، وإنما يتحدد اختصاصها -فى صورته الإجمالية- من خلال العمل، فلا يكون إلا متموجا على ضوء الحقائق العملية التى تفرض نفسها على صعيد الحياة السياسية.

وإذا كان النزاع قد ثار بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية فى مجال أيهما الأحق بتقرير الشئون السياسية، فإن نزاعا من نوع آخر شجر بينهما فى مجال ذاتية كل من هذين الفرعين، ورفض كل منهما تدخل الآخر فيما يتعلق به من الشئون التى يقوم عليها، ولو لم تكن لها طبيعة سياسية.

وتبلور هذه الصورة من النزاع بين الفرعين، المسائل الدستورية التى ينفرد كل منهما باتخاذ قرار نهائى فيها، ونطاق تكامل سلطاتهما، وحدود التدخل فيها.

ويقع هذا النزاع على الأخص، إذا باشر رئيس الجمهورية سلوكا أو أتى أعمالاً تخل بحقوق المواطنين أو حرياتهم، أو تعوق إدارة العدالة بصورة فعالة، أو تنقض حقوقا مقررة لبعض أجهزة السلطة التنفيذية، وتحبط الأغراض المقصودة من تأسيسها.

٢٤- وقد لا يقبل رئيس الجمهورية طلبا قضائيا يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الشرائط التى سجل عليها الأحاديث التى أجراها مع معاونيه، قولاً بأن أحاديثه هذه سرية فى طبيعتها، وأن عرضها أو الإطلاع عليها من قبل آخرين ينتهكها، وأن سريتها هذه من امتيازاته التى لا يجوز أن تنقضها السلطة القضائية؛ ولو كان اطلاعها على أجزاء من أحاديثه متصلا باتهام جنائى، وواقعا وراء جدران مغلقة لا تخل بسرية أحاديثه فى مجموعها.

ولم تقبل السلطة القضائية الامتياز المطلق الذى يدعيه رئيس الجمهورية لأحاديثه هذه ونظرت إليه، باعتباره متضمنا إسباغ حصانة غير موصوفة أو مقيدة عليها، لتحول بذاتها دون مباشرة السلطة القضائية لمهامها، رغم إنها لا تقل شأنا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية Co - Equal Branches.

وفضلا عن أن مبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين، لا يتوخى ضمان استقلالها الكامل عن بعضها البعض، بل كفل الدستور توازنا دقيقا بينها تتمكن به كل سلطة من مباشرة وظائفها، وعلى الأقل لأن كل نزاع فى شأن المصالح التى تدعيها أية سلطة لنفسها، ينبغى أن يحسم على ضوء ما يكفل لكل منها وظائفها الحيوية(١).

وليس لرئيس الجمهورية بالتالى، أن يقاوم طلبا قضائيا Supoena يدعوه إلى أن يقدم إلى السلطة القضائية الأشرطة التى سجل عليها أحاديثه تلك. فإذا تذرع بسريتها ليمتنع عن تقديمها إلى القضاء؛ وكانت أحاديثه هذه لا صلة لها بأسرار دبلوماسية أو حربية لا يجوز للقضاة اقتحامها؛ وكان الدستور وإن خلا من نص صريح يكفل لرئيس الجمهورية سرية اتصالاته مع معاونيه، إلا أن المصلحة في كتمانها تكون دستورية فى أساسها إذا كان حجبها ضروريا لتمكين رئيس الجمهورية من أداء وظيفته بصورة فعالة.

فإذا ناقض إخفاءه لأحاديثه مع معاونيه ما ينبغى أن يسود كل محاكمة جنائية منصفة من ضرورة تقديم الأدلة المتصلة بها، والجائز قبولها، إلى القضاة الذين بيدهم سلطة تقديرها ووزنها(٢)؛ وكان من شأن الطبيعة المطلقة لامتياز رئيس الجمهورية المدعى به، أن تتوافر مداخل ثرية لإرهاق الحقيقة أو إجهاضها، فلا يكون إزهاقها إلا نتيجة مترتبة على إطلاق هذا الامتياز؛ وعائقا دون مباشرة القضاة لوظائفهم فى نطاقها المنطقى؛ وحائلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السليمة؛ ومرجحا عمومية المصلحة فى كتمان رئيس الجمهورية لاتصالاته مع معاونيه، على ضرورة تخصيصها بالدعوى الجنائية التى لازال الاتهام فيها معلقا لم يحسم، والفصل فيه مرتبطا بأدلة تضمنتها أشرطة التسجيل التى احتفظ بها رئيس الجمهورية، فإن لم يقدمها صار فوق القانون (٣).

---

(١) ويلاحظ أن أية لجنة تشكلها السلطة التشريعية لتقصى الحقائق، لا تستطيع الحصول جبرا من رئيس الجمهورية على معلومات يرى كتمانها.

Gerald Gunther, Constitutional law, eleventh edition, p. 365

(٢) تتسم النظم الجنائية الإجرائية بخاصية الجبرية التى تحتم عرض جميع الأدلة على الجهة القضائية التى تفصل فى الاتهام الجنائى، وتخول الدفاع وسلطة الإتهام حق مناقشتها، وإلا انغلق الطريق إلى الحقيقة أو صار بلوغها محفوفا بالمخاطر. لا استثناء من هذه القاعدة إلا لمصلحة جوهرية كحق الشخص فى ألا يقدم بنفسه دليل إدانته Self- incrimination

(٣) انظر فى ذلك قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكى نيكسون، وكان قد صدر ضده أمر قضائى يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الجنائية بعض الشرائط المسجلة عليها أحاديثه مع معاونيه، وذلك للفصل فى اتهام جنائى فى شأن فضيحة ووترجيت The Watergate Tapes litigation التى تلصص فيها- ومن أجل دعم حملته الانتخابية- على الحزب الديموقراطى المنافس. ولكن الرئيس نيكسون تذرع بأن من حقه كرئيس للجمهورية أن يكتم أحاديثه مع معاونيه، فلا يعرفها أحد.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683, (1974).

ولا يجوز بالتالى -وعلى ضوء مبدأ الخضوع للقانون- أن يعانى الأبرياء، ولا أن يفر الجناة بذنوبهم Guilt shall not escape, or innocence suffer.

٢٥- ولا يعنى ما تقدم، أن تفصل السلطة القضائية فى كل نزاع يقع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو بين إحداهما والسلطة القضائية، ذلك أن النزاع المطروح عليها قد يكون من طبيعة سياسية تخرجه عن ولايتها.

وهو ما يتحقق على الأخص، إما لأن الدستور عهد باتخاذ القرار النهائى فى مسائل بعينها إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية Constitutional Commitment؛ وإما لأن السلطة القضائية ذاتها لا تتوافر لديها الوسائل والموازين والحقائق المحايدة التى تفصل على ضوئها فيما يطرح عليها من المسائل الدستورية؛ Judicially Manageable Standards and Data؛ وإما لأن السلطة القضائية، فى تعاملها مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينبغى أن تكون أكثر حذراً من خلال تحوطها فى تقدير ما يدخل من أعمالهما فى إطار رقابتها على الشرعية الدستورية Prudential Considerations، ضماناً لفصل ولايتها عن هاتين السلطتين، وتوقيا لصراع معهما، وتجنبا لأن يصدر فى الموضوع الواحد أكثر من قرار من أكثر من فرع من فروع السلطة. فلا يكون الموضوع الواحد منظما بقاعدة قانونية واحدة، وإنما بأكثر من قاعدة يناقض بعضها البعض.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا من خلال تقريرها لأمرين

أولهما: أن الأعمال السياسية هى التى تكون كذلك بالنظر إلى طبيعتها؛ لتحدد خصائص هذه الأعمال، جوهرها. ولا يجوز للسلطة التشريعية بالتالى أن تضفى صفة الأعمال السياسية على أعمال تنافيها ولا تلتئم معها.

ثانيهما: أنه كلما كان خوض المحكمة فى دستورية المسائل المطروحة عليها، متوقفا على موازين وضوابط ومعلومات لا تتوافر لديها؛ فإنها تخرج عن ولايتها؛ وأنه على ضوء ما تقدم، فإن كل معاهدة دولية -وأيا كان موضوعها- لا تعتبر بصفة تلقائية -وبناء على مجرد تنظيمها لعلائق دولية- من الأعمال السياسية([1]).

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣- قاعدة رقم ٣١ ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٧)
حقيقة المسائل السياسية

٢٦- وينبغى أن يلاحظ فى شأن ما يعتبر من المسائل الدستورية من طبيعة سياسية Political Issues ما يأتى:

أولاً: على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها، ولو خالطتها ملامح سياسية، أو كان قضاؤها فى المسائل الدستورية المعروضة عليها يصادم توجها للسلطة التشريعية أو التنفيذية، أو منطوياً على إحراج إحداهما.

ويتعين دوماً أن يكون فصلهما فى المسائل الدستورية المعروضة عليها دالا على تحوطها، وأنها لا تعتبر مجرد هيئة قضائية لتنفيذ حكم الدستور، بل توازنها سلطتان أخريان لكل منهما اختصاصاتها الثابتة التى لا يجوز إنكارها أو تهميشها.

ثانياً: أن تعقد الفصل فى بعض المسائل الدستورية لا يحيلها إلى مسائل سياسية لا يجوز إصدار حكم قضائى فيها. ذلك إن المسائل السياسية تغاير فى نوعها -لا فى درجتها- التفسير المنهجى للدستور باعتباره أداة تحديد الحقوق التى كفلها. ولا يتصور بالتالى أن يكون هذا التفسير متوخياً غير إنفاذ القيود التى فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ثالثاً: أن إبطال جهة الرقابة على الدستورية لنصوص قانونية مطعون عليها أمامها، لا يجوز أن ينظر إليه بوصفه تعبيرا من جهتها عن احتقارها لسلطة أخرى توازيها وتساويها، إلا إذا كان هذا الحكم منطويا على اغتصابها لسلطة لا تملكها فى إطار وظيفتها القضائية.

رابعاً: لئن صح القول بأن المسائل السياسية لا يحيطها معيار عام ينتظم كل تطبيقاتها، وأنها تخرج بطبيعتها عن الولاية القضائية؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية، ظل دائرا بين أكثر من تصور:

* نظرة تقليدية CLASSICAL VIEW تخول جهة الرقابة القضائية حق الفصل فى المسائل الدستورية جميعها عدا ما يدخل منها -وفقا لتفسيرها هى للدستور- فى إطار الاختصاص المنفرد للسلطة التشريعية أو التنفيذية.

* <u>ونظرة تحوطية</u> PRUDENTIAL VIEW قوامها أن تنظر جهة الرقابة القضائية إلى المسائل السياسية باعتبارها وسائل تجنبها الفصل فى المسائل الدستورية المعروضة عليها، كلما كان خوضها فى موضوعها، منتهيا إلى تقويض سلطتها، أو إلى وقوعها فى صراع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا تؤمن عواقبه، أو حَمَلّها على اللجوء إلى حلول وسط تناقض قواعد سابقة قررتها.

* <u>ونظرة وظيفية</u> FUNCTIONAL APPROACH مناطها تقييم جهة الرقابة للعوائق التى تواجهها فى مجال مباشرتها لوظيفتها القضائية، ويندرج تحتها:

أ- ألا تتوافر لديها موازين تقييم المسائل الدستورية المطروحة عليها، وضوابط الفصل فيها، وما يتصل بها من الحقائق المحايدة([1]).

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا -فى مجال فصلها فى دستورية قانون تضمن تكريما لبعض قادة حرب أكتوبر، من دون المدعى فى الدعوى الدستورية- بأن تقييم أعمال هؤلاء القادة، وعلى ضوء قدر إسهامهم فى الأعمال الحربية، وبلائهم فى تحقيق نتائجها، هى التى تحدد بصورة موضوعية، من يكون من بينهم أحق من غيره بالتقدير، أو متماثلا مع غيره فى مركزه القانونى.

ومن ثم يفترض هذا التقييم، أن يكون دائرا -ابتداء وانتهاء- حول الأعمال الحربية، متضمنا تحليلا لها وتقديرا لعناصرها، مستغرقا كل تفصيلاتها، محيطا بها فى دقائقها، مقابلا بين بعضها البعض، وازنا بالقسط أداء قادتها جميعهم، منتهيا إلى ترتيبهم فيما بينهم على ضوء معايير منطقية ترجح بعضهم على بعض؛ وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا([2]).

ب- أن يكون الدستور قد نظر إلى بعض المسائل باعتبار أن صوتا واحداً ينبغى أن يهيمن عليها، فلا تتفرق الآراء من حولها، كإدارة رئيس الجمهورية للشئون الخارجية، وقراره بالتصديق على معاهدة دولية، أو إنهاء العمل بها بعد الدخول فيها.

([1]) JEROME A.BARRON-C. THOMAS DIENES-Constitutional Law,1991, pp. 47-53.

([2]) دستورية عليا -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٩ ص٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وهذه النظرة الوظيفية هى التى يجب الوقوف عندها. فلا ننظر إلى الصفة السياسية لبعض المسائل باعتبارها كامنة فيها لا تنفصل عنها. ذلك أن المسائل السياسية التى يخرج الفصل فيها من ولاية جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تحمل فى أعطافها تكوينا ثابتا ونهائيا. ولكن مضمونها قابل للتغيير بناء على عوامل متعددة يندرج عنصر الزمن تحتها([1]).

ويتعين بالتالى أن تتعامل معها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ضوء نظرة ضيقة ومتزمتة، لضمان أن يكون الخضوع للقانون قاعدة تحيط بأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية جميعها، عدا ما يكون منها مستعصيا بطبيعته على الرقابة القضائية، أو مجاوزاً حدود الوظيفة القضائية.

(٨)
حقوق الفرد وحرياته في مواجهة السلطة

٢٧- كان الأفراد عملا، وطوال فترة تطور الجماعة الدولية من ١٦٤٨ - ١٩١٨ خاضعين للسلطة النهائية للدولة. ولم يكن القانون الدولى يأخذ الأفراد فى اعتباره إلا بوصفهم من رعايا الدولة التى تظلهم بحمايتها. فلا تحظى مصالحهم فى الدول الأجنبية بحماية من دولهم، إلا من خلال الحماية الدبلوماسية التى توفرها لهم.

وإذا كان الأفراد خلال هذه المرحلة من تطور القانون الدولى، قد لعبوا دورا ما على صعيد العلائق الدولية، فذلك لأنهم يفيدون من معاهدة دولية تتعلق بالتجارة، أو بالملاحة، أو بأوضاع معاملتهم فى الدول الأجنبية، أو بوصفهم نقطة البداية التى تحيل دولهم إليها فى مجال اقتضائها قانونا للحقوق التى يطلبونها، فى مواجهة أضرار أصابتهم من الدول الأجنبية التى يقيمون أو يعملون فيها.

ثم وقع بعد هذه الفترة، تطور محمود عن طريق تخويل كل منظمة نقابية حق الدفاع عن مصالح عمالها وأربابهم التى تحميها منظمة العمل الدولية.

([1]) ودليل ذلك أن سلطة المشرع فى تقسيم الدوائر الانتخابية، كانت تعتبر فى الولايات المتحدة الأمريكية من المسائل السياسية. ثم عدلت المحكمة العليا عن ذلك فى قضية Baker V.Carr.

أنظر فى المسائل السياسية ص ٩٠ إلى ١٠٧ من الطبعة الثانية من مؤلف Laurence H. Tribe وعنوانه:

American Constitutional law.

كذلك كان لممثلى كل أقلية عرقية أو لغوية أو دينية حق الدفاع عن مصالحها قبل الدول التـــى نقضتها، إخلالاً منها بالتزاماتها الواردة فى معاهدتها الدولية.

غير أن استعمال المنظمة الدولية أو الأقلية العرقية أو الدينية أو اللغوية للحقوق المخولة لـــها، كان منحصرا عملاً فى حدود ضيقة.

ثم تصاعد الاهتمام بعد الحرب العالمية الثانية بالحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلـــك. إذ لم تعد هذه الحماية مقررة للفرد باعتباره عضوا فى منظمة وطنية عمالية أو غيرها، وإنما باعتباره إنسانا وكائنا فردا En tant qu'être humain individuel.

وحدث هذا التطور العام، إزاء إيمان الدول المنتصـــرة فـــى هـــذه الحـــرب، بـــأن النازيـــة والأوتقراطية قد انبعثتا عن فلسفة تدين باحتقار الإنسان، وتنظر إليه بوصفه مجرداً من كل احـــترام، وأن كرامته غير شيء.

وكان على هذه الدول، أن تعمل على إجهاض كل احتمال لعودة هذه الشرور من جديـــد، وأن تكون وسيلتها إلى دفعها، هى إصدار إعلان يتضمن القواعد الأساسية التى تكفل لكل إنسان آدميتـــه واحترامه.

وكانت الدول الغربية التى تتقدمها الولايات المتحدة الأمريكية، من أكثر المدافعين عـــن هـــذا الاتجاه بالنظر إلى أن فلسفتها فى مفهومها الشامل، وكذلك دساتيرها الوطنية، أساســـها أن للإنســـان حقوقاً ينبغى إعلانها فى وثائق للحقوق تضمنها وتكرسها.Declarations des droits وكـــان منطقيـــا بالتالى أن تنقل الدفاع عن معتقداتها من النطاق الداخلى إلى القانون الدولي.

وسعى الاتحاد السوفيتى من جهته ليقاسم الدول الغربية اهتماماتها فى مجال حقوق الإنســـان، مما أسفر فى النهاية عن ميثاق منظمة الأمم المتحدة مؤكدا ضرورة صون هذه الحقـــوق، وعلـــى أن تعمل الدول على ضمانها من خلال معاهدتها الدولية التى تبرمها بوجه خاص لتأمين كرامته.

٢٨- وفى إطار هذا التطور، بلغ الاهتمام بحقوق الإنسان حدا كبيرا تمثل فـــى العديـــد مـــن المبادئ التى تبنتها الدول فيما بينها، سواء على الصعيد الدولى أو على نطاق تجمعاتها الإقليمية:

فعلى الصعيد الدولى، ووفقا للمادة الأولى من البروتوكول الاختيارى الملحق بالعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية –والذى اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر فى ١٩٦٦/١٢/١٦– صار لكل فرد مشمولا بولاية إحدى الدول المعتبرة طرفا فى هذا العهد، وفى البروتوكول الاختيارى الملحق به، أن يقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشار إليها فى المادة ٢٨ من ذلك العهد، رسالة يدعى فيها إخلال هذه الدول بأحد الحقوق التى ضمنها العهد المذكور.

وعملا بالمادة الثالثة من البروتوكول، على اللجنة أن تحيل إلى الدولة المعنية الرسالة المقدمة ضدها، كى تدلى بإيضاحاتها وبياناتها فى شأنها، مع الإشارة إلى أية تدابير تكون قد اتخذتها فى شأن الحق أو الحرية المدعى إخلالها بها.

وعلى ضوء المادتين ٥، ٦ من البروتوكول، تنظر اللجنة فى الرسائل المقدمة إليها وتقوم بدراستها، وتضمن ما تنتهى إليه فى شأنها، تقريرها السنوى عن أعمالها الذى تقدمه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، عن طريق المجلس الاقتصادى والاجتماعى.

ومثل هذا التنظيم نراه فى المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى التى اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع و التصديق فى ١٩٦٥/١٢/٢١.

كذلك تضمن القرار الصادر عن المجلس الاقتصادى والاجتماعى للأمم المتحدة فى عامى ١٩٦٧ و ١٩٧٠([1]) تنظيما إجرائيا يتوخى فحص الرسائل التى يقدمها أفراد يدعون وقوعهم ضحايا لإخلال جسيم بحقوق الإنسان.

٢٩– وإذا كان ما تقدم يمثل بعض ملامح التطور على الصعيد الدولى لحقوق الفرد فى مواجهة الدول التى تخل بحقوقه وحرياته؛ فإن تطورا مماثلا، وربما أبعد فى مداه، تحقق كذلك على صعيد الدول الأوربية فى تجمعاتها التى تجاوز حدود أقاليمها Regionaux.

فالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان [١٩٥٠] تقيم للفرد نظاما معقدا ومتقدما لصون حقوقه. ذلك أن المادة ٢٥ منها تخول اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان، حق النظر فى كل طلب يقدم إلى الأمين

([1]) Resolution 1235 (XLII) 1967. Resolution 1503 (XLVIII) 1970

العام لمجلس أوربا من قبل شخص طبيعى، أو منظمة غير حكومية، أو مجموع من الأشخاص يدعون أنهم ضحايا إخلال إحدى الدول المتعاقدة، بالحقوق المنصوص عليها فى الاتفاقية.

ولكل من قدم طلبا من هذا القبيل إلى هذه اللجنة، أن يَمثُل فى مختلف المراحل الإجرائية لنظره، وأن يظهر كذلك أمام المحكمة الأوربية لحماية حقوق الإنسان عند الفصل فى الحقوق التى يدعيها

وهذه القاعدة ذاتها، هى التى نراها كذلك فى الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان [سان خوسيه فى ١٩٦٩/١١/٢٢].

ذلك أن المادة ٤٤ منها، تخول كل شخص، وكذلك كل مجموع من الأشخاص، فضلا عن كل منظمة غير حكومية يكون معترفا بها قانونا فى دولة أو أكثر من الدول الأعضاء فى منظمة الدول الأمريكية، أن يوجه إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان المشار إليها فى المادة ٣٣، عريضة أو شكوى تفيد تضرره من كل خرق لهذه الاتفاقية يصدر عن إحدى الدول أطرافها.

٣٠- بيد أن التنظيم الدولى لحقوق الأفراد فى مواجهة إخلال دولهم بها، رغم طبيعتها الإنسانية، يظل محدودا فى أهميته بالنظر إلى القواعد الضابطة لهذا التنظيم، وأهمها:

أولاً: أن الأفراد لا يستمدون حقهم فى رد إخلال دولهم بالحقوق التى كفلتها المواثيق الدولية، إلا من خلال معاهدة دولية تكون هذه الدول أطرافا فيها، وبمراعاة أحكامها التى يفيدون منها، وعن طريق طلب يقدمونه إلى الجهة التى عينتها المعاهدة.

وهم كذلك لا يملكون تنفيذ القرار الصادر من هذه الجهة فى شان طلباتهم، بل يعود تنفيذه إلى حسن نوايا دولهم وإرادتها. وليس بوسعهم متابعة إجراءاته قبل الفصل فيه. والاستثناء الواضح من الأحكام المتقدمة، تبلوره الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: أن التنظيم الإجرائى للفصل فى طلباتهم، لا يتم إلا وفقاً لمعاهدة دولية، أو بناء على قرار صادر عن منظمة دولية، يتضمن بيانا واضحا بالمسائل التى يجوز التظلم منها. ولا تقبل الدول عادة -وفى الأعم من الأحوال- إثارة مسئوليتها الدولية أو تحريكها من خلال تظلم يقدمه الأفراد المضرورون من إخلالها بحقوق الإنسان التى كفلتها المواثيق الدولية.

ولمواجهة هذه الصعوبة، فإن المعاهدة الدولية تتضمن أحيانا شرط تخويل منظمة دولية، حــق النظر فى إخلال الدول أطرافها بحقوق الأفراد الأساسية. ولا يعتبر هذا الشرط نافذا فى مواجهة هـذه الدول، إلا بموافقتها.

ثالثاً: أن التنظيم الإجرائى المقرر فى المعاهدة الدولية، يتمحض عن نوع من الرقابـــة علــى أعمال تأتيها الدول أطرافها. ولا يعتبر فصلا قضائيا فى خصومة يَدعّى فيها أحد الأفــراد الإخـلال بالحق أو الحرية التى يطلبها.

كذلك فإن القرار الصادر فى هذا التظلم، لا يعتبر قراراً قضائيا قابلا للتنفيذ بالقوة الجبرية، بـل توصية صادرة عن المنظمة الدولية المعهود إليها بفحص التظلم.

وهو ما يعنى أن الأفراد لا يحصلون على حقوقهم التى يدعون إخلال دولهم بها، إلا بموافقـــة دولهم هذه على الخضوع لتنظيم إجرائى دولى فى شأن انتهاكاتها لحقوق الإنسان وهى بعد موافقـــة يجوز لها الرجوع فيها، بما ينهى دور المنظمة الدولية التى كان الاختصاص معهوداً إليها بـــالنظر فيها.

ولا يجوز على ضوء هذه المآخذ، أن نغالى فى دور الأفراد فى مجال الحصول على الترضيـة المناسبة لحقوقهم الأساسية التى وقع الإخلال بها من قبل دولهم.

إذ ليس سهلاً على الدول أن تتخلى عن بعض امتيازاتها السيادية، وعلى الأخص مـــا يتصــل منها بالسلطة الكاملة التى تباشرها على الأفراد الخاضعين لولايتها، وإن جاز القول بأن قبولهم لتنظيم إجرائى دولى ينظر فى إخلالها بحقوق مواطنيها، يمثل خطوة هامة، وإن كانت محــدودة. ذلــك أن الأسرة الدولية فى تكوينها الراهن تعقد السلطة الفعلية بيد الدول وحدها. ولا تأذن الدول بمثــل هـذا التنظيم إلا بقدر تسامحها.

كذلك فإن الدول هى التى تنشئ المنظمة الدولية التى يقدم إليها الأفراد ملتمسهم، وهـــى التـى تعتمد القواعد التى تحكم نشاطها، بما يجعل المنظمة الدولية واحدة من أدواتها التى تعينها على تحقيق مهام تبتغيها.

وهو ما يعنى اشتقاق المنظمة الدولية، لاختصاصاتها من الدول التى أنشأتها، ومن المعاهدة الدولية التى تعتبر مصدرا لوجودها([1]).

٣١- على أن تنامى قيم الحرية والعدل فى مواجهة السيطرة والتسلط، كان لها دور كبير فى تحقيق مفاهيم أفضل لصون إنسانية الفرد، وتخليصه من استغلال السلطة الاستعمارية لمصادر الثروة فى بلده، وعصفها بحريته وكرامته، وغيرها من مظاهر آدميته.

ولقد كان التحرر من ربقة هذه السلطة فى كثير من الدول النامية، المقدمة الطبيعية لمواجهة صور القهر على اختلافها، ولوجود كيان مستقل لشعوب تريد أن تحظى بثمار استقلالها، وبعلائق دولية تتكافأ فيها مع غيرها؛ وبمراعاة أن كل جماعة لا تعتبر بالضرورة شعبا يملك حق تقرير مصيره([2]).

Une Certain population ne constitutait pas un peuple pouvant pretendre à disposer de lui-meme.

وكان مما عزز حقوق الإنسان وكفل دعائم أكبر لضمانها، اتصال الدول فيما بينها وعزمها على تبادل صور من التعايش تتوافق فيها مصالحها وشعوبها مع بعضها، وتتجانس توجهاتهم الإنسانية.

وفى إطار هذا الاتجاه -وقد بدأ وئيدا، ثم تصاعد فى درجته- أن صار للشعوب تلك الحقوق التى لا يجوز النزول عنها ولا التفريط فيها، والتى تتكافأ فيما بينها فى مجال الانتفاع بها مع تقيد الدول جميعها باحترامها. ولا يجوز بالتالى التمييز بين شعوب قديمة، وشعوب جديدة؛ ولا بين شعوب تتكامل عناصر وجودها، وأخرى لا تزال فى دور التكوين؛ ولا بين حقوق كانت تحجبها عنها السلطة الاستعمارية، وبين حقوق يمليها التمييز عنصريا بين أجناسها([3]).

([1]) Antonio Cassese "les Individus". Droit International [Bilan et Perspectives]. Tome 1,1991,pp,119-127.

([2]) Cour International de Justice, Recueil. 1975., p.33.

([3]) Raymand Ranjeva, les peuples et les mouvements de liberation nationale. Droit International [Bilan et perspectives] Tome 1.1991,pp 108-118

٣٢- وإذا كان القانون الدولى قد ظل حتى الوقت الحاضر قانونا منظما للعلائق بين الدول، مبينا حدود اختصاصاتها؛ إلا أن هذا القانون صار يوجه عناية أكبر للأعمال التى تأتيها الدول فى مواجهة الأفراد المشمولين بولايتها، سواء تعلق الأمر بغير مواطنيها وضرورة تأمين أشخاصهم وصون أموالهم؛ أو بمواطنيها، أو بمجموع من الأشخاص كأقلية عرقية مثلا؛ أو بالحقوق الفردية والجماعية لكل إنسان، وبوصفه كذلك.

وكانت نقطة البداية فى هذا التطور الإيجابى هى الإيمان بحق تقرير المصير لكل الشعوب.

وهو مبدأ انبنى عليه أن الدول التى كان القانون الدولي ينظر إليها دائما باعتبارها أشخاص هذا القانون، هى فى حقيقتها مجموع من الناس غايتها خدمتهم، والعمل على ضمان سعادتهم، وأن الجماعة الدولية هو وعاء شعوب تجمعها الصفة الإنسانية، وعليها بالتالى أن توفر لها الأمن وسبل الحماية التى تكفل ضمان مصالحها الحيوية، وأن تعمل بكل وسائلها على إجهاض قاعدة السلطة المطلقة التى تفرضها الدول على رعاياها، وإبدالها بقاعدة التكافؤ فى الأسلحة بين الفرد والجماعة التى يعتبر عضوا فيها.

(٩)
تدويل حقوق الإنسان

٣٣- بل إن حقوق الإنسان التى كان ينظر إليها باعتبارها من الشئون الداخلية للدول، قادتها ثورة تتوخى تدويلها([1]) Internationalisation du statut Juridique de l'être humain وهى ثورة كانت بدايتها فيما بين الحربين العالميتين، ثم صارت معلما بارزا فيما بعدهما بعد عدوان النازية والفاشية على الحقوق الأولية للإنسان.

إلا أن هذه الثورة لم تبلغ غايتها بالرغم من إيمانها بقيمة الفرد، وسعيها لضمان سعادته، ونظرها إلى إنسانيته باعتبارها معقد الأمر فيه. ذلك أن إنسانية الفرد لم تصل إلى حد توكيد حقوق يختص بها ويتلقاها مباشرة من قواعد القانون الدولى Destinateurs directs des normes de droit International، وإن جاز القول بأن هذا القانون يتطور بصورة مطردة فى اتجاه التحول إلى قانون عالمى للإنسان والشعوب، وهو ما تمثل بوجه خاص فى الجيل الأول لحقوق الإنسان التى تضمنها

([1]) فى عام ١٩٩٢ أصدر معهد القانون الدولى إعلانا فى شأن الحقوق الدولية للإنسان، وبمقتضاه يقف الفرد جنبا إلى جنب مع الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولى.

العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية التى تحرر بها الفرد من القيود غير المبررة على حريته الشخصية؛ وفى الجيل الثانى لهذه الحقوق التى نص عليها العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التى تتسم خصائصها بأنها من طبيعة جماعية باعتبارها مبلورة حقوق الأسرة البشرية على تباين مقاصد أعضائها وتوجهاتهم.

بل إن الجيل الثالث لحقوق الإنسان، التى يمثلها الحق فى البيئة وفى إقرار السلم، وفى وجود ذمة مالية مشتركة للإنسانية، زاد من ثراء قواعد القانون الدولى من خلال اتساع دائرة تطبيقها.

ويظل لهذه الحقوق جميعها -على تباينها- أغراضها النهائية التى تتحدد وفق مجموعة من القيم الإنسانية التى لا يجوز تجاهلها، والتى يندرج تحتها أن النزاع إذا كان مسلحا -وسواء كان هذا النزاع داخليا أو خارجيا- ينبغى أن يحاط بالقيم السائدة عند حدوثه، ولو كان بعضها أو جميعها يناقض قيما تبنتها عهود سابقة. ذلك أن ما كان متوافراً لكل فرد فى مواجهة هذا النزاع من وسائل الحماية، قد يظهر قاصراً عن أن يوفر لهذه الحماية أسبابها أمام تقدم فنون القتال وتعقد أدواتها وتعاظم مخاطرها، فلا يكون الإصرار على الوسائل القديمة، إلا تجاهلا لحقيقة التطور فى محيطها.

كذلك فإن فوارق الثروة بين الدول الغنية والفقيرة، وما نشأ عنها من خلل فى مجال تكافئها واقعيا فى مظاهر السيادة التى تباشرها، دعا الدول الفقيرة إلى أن تؤكد سيطرتها على مصادر الثروة فى أقاليمها، وأن تعمل على تطوير مظاهر الحياة من خلال طلبها استثمار طاقاتها بكل عناصرها، ومن بينها أن صون التوازن الأيكولوجى فى بقاع الأرض جميعها، يعتبر شرطا أوليا لضمان تقدمها؛ وأن نبذها لكل صور الصراع فيما بينها، يعزز قدراتها على التعايش فى سلام، ويشكل إطارا صحيا لحركتها؛ وأن التنمية بكل روافدها، تعد طريقا وحيدا لتسخير مواردها وفق أولوياتها، وفى إطار من نقل التكنولوجيا المتطورة وتعليمها.

(١٠)
أثر وثائق إعلان حقوق الإنسان على تطويرها

٣٤- تلك ملامح لبعض مظاهر التطور فى الجماعة الدولية. بيد أن أوضحها وأعمقها أثرا على الصعيد الداخلى، تمثل فى وثائق إعلان الحقوق التى يتسم هذا العصر بذيوعها بين أقوام يختلفون فيما بينهم ثقافة وديانة ولغة وتاريخا، وإيمانهم بأن لهذه الوثائق حرمتها، وأنها بمضمونها قيد على الأفرع المختلفة التى تباشر السلطة بكل مظاهرها، فلا تكون حركتها إلا من أجل العمل على

تحقيقها، خاصة وأن إعلان هذه الوثائق. اقترن إما بإدراجها فى الدستور، أو بتقريرها استقلالا عن نصوصه، مع تمتعها بقوة النصوص الدستورية ذاتها.

ولم تكن هذه الوثائق تمثل خطوة بطيئة أو مترددة فى مجتمعاتها، بل انقلاب على أوضاع قائمة فيها، وتغييراً عميقا فى مكوناتها. بما يجعل ضماناتها بديلا عن آراء وأفكار تطلق السلطة من عقالها، وتحررها من كوابحها؛ واختيار يناقض ديموقراطية الصفوة؛ وديكاتورية البروليتاريا؛ ويجهض سياسة الإملاء والاحتواء والإغواء، التى تفرضها السلطة بقوتها، وبالأموال التى تستميل بها من يعارضونها؛ فلا ترجح المصالح الضيقة، آمالاً عريضة متدفقة، بما ينال من حكم القانون.

وقد دل اطراد العمل بوثائق الحقوق فى إطار القيم التى تحتضنها، على معارضتها أفكاراً عتيقة بالية، كتلك التى تجعل البرلمان محورا للسلطة بكل أشكالها يمارسها دون قيد عليها.

كذلك كان من شأن هذه الوثائق إعلاء مفاهيم جديدة لا تسمو بها السلطة على مواطنيها، بل ترعى مصالحهم كضمان لمشروعية وجودها، مما هيأ لقاعدة الخضوع للقانون أسسها، وأكد ضرورتها.

بيد أن أكثر ما كان يروع المواطنين ويثير قلقهم، أن وثائق إعلان الحقوق لا تكفل بذاتها ضمان حقوق الفرد وحرياته؛ وأن انتزاعهم حقوق السيادة بأيديهم، لا يكون إلا بتكلفة باهظة؛ وعبر مخاطر متنوعة؛ وأن حقائق التاريخ كثيرا ما تعيد نفسها، فلا تكون الحرية بمأمن من عدوان السلطة عليها، خاصة وأن تقويم اعوجاجها وإن كان مطلوبا، إلا أن جهد السلطة القضائية فى ذلك، كان أقل من أن يكون كافيا بالنظر إلى أن محاسبتها عن أخطائها، قلما تثار عملا.

وشاع بالتالى تصور القانون باعتباره غريبا عن كثرة الناس وعامتهم، قريبا من خاصتهم وأصفيائهم الذين يطوعون القانون لإرادتهم، فلا يكون عصيا عليها، أو حائلا دون تحقيقها.

بل إن الناس فى عمومهم قلما يفهمون القانون. وفرصتهم فى الإسهام فى الحياة السياسية تتضاءل يوما بعد يوم، واختيارهم للحكومة التى تمثلهم اختيارا حرا، كثيرا ما يكون سرابا. ولم يعد أمامهم من ضمان لإرساء الديموقراطية وتعميقها، غير الإصرار عليها قبولا بتبعاتها، حتى لا تنقضها سلطة أيا كان وزنها أو توجهها.

٣٥- كذلك كان لبعض الفقهاء دور كبير فى مجال تقليص الاهتمام بوثائق إعلان الحقوق التى نظروا إليها باعتبارها مجردة من كل قيمة قانونية([1]) وأنها فى حقيقتها لا تزيد عن مجرد إعلان للنوايا Declarations D'intentions أو محض أفكار فلسفية أو خلقية تتسم بالتعميم، وبعباراتها الجوفاء، بما يجعلها قريبة من النصوص الأدبية، وبعيدة عن القواعد القانونية.

وهم يقولون كذلك بأنه حتى بافتراض استقلال وثائق إعلان الحقوق عن الدساتير ذاتها بما يقيم لها وجودا منفصلا عنها، إلا أن هذه الوثائق جميعها تحيل إلى القانون لتطبيق أحكامها، فلا يكون لهذه الحقوق من نفاذ بغير قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

وفيما وراء هذا القانون، فإن وثائق إعلان الحقوق تتسم بطبيعتها الفلسفية المجردة من القيمة القانونية([2]).

٣٦- على أن الإيمان بوثائق إعلان الحقوق، وبدورها فى بناء مجتمعاتها، ظل عميقا عند المدافعين عنها([3])، خاصة وأن هذه الوثائق تصدر فى الأعم عن السلطة ذاتها التى تؤسس الدستور، فتكون لها قيمة نصوصه، وذلك سواء نظرنا إلى هذه الوثائق بوصفها تعبيراً عن علاقة بين الفرد والجماعة بما ينفى طبيعتها الفردية، أم كان تقييمنا لها من منظور أغراضها التى تؤكد بصورة جازمة أن للبشر حقوقا طبيعية يقدسونها ولا يقبلون النزول عنها، وأنهم يتلقونها -لا من الجماعة التى يعايشونها- بل من الطبيعة ذاتها، وأن دائرة تطبيقها لا تنحصر فى الجهة التى يوجد الفرد فى نطاقها، ولكنها تمتد إلى الأفراد جميعهم، وعلى امتداد مواقع بلدانهم، وفى الأزمان جميعها، بما يبلور عالميتها Universalité خاصة وأن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، لا يؤكدون بها غير حقوق قائمة من قبل، استقلالا عن إرادتهم.

ولم يكن دورهم بشأنها خلقا لها، بل مقصورا على مجرد تدوينها، لتفرض نفسها على السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من القوانين.

([1]) R.Carré De Malberg, Contribution à la theorie generale de L'Etat, Sirey, II, p. 580; A Eismein, Elements de droit Constitutionel, Sirey, I, p.601.

([2]) Domonique Rousseau, Droit du Contentieux Contitutionnel , 4 Edition, p.92

([3]) M. Hauriou, Precis de droit Constitutional, Sirey, p. 618. ; L. Duguit, Traité de droit constitutional, Paris, II, p.184.

وظل أمر القيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق مختلفا عليه، حتى بين القضاة أنفسهم فيما يعرض عليهم من القضايا.

وكان خلافهم فى شأن هذه الوثائق، لا يتعلق بمبادئها الغامضة صياغتها، العصية معانيها على التحديد، والمتنافرة فى خصائصها مع القواعد القانونية التى لا يستقيم تطبيقها إلا بشرط وضوحها وضبط ألفاظها؛ وإنما دار خلافهم حول ما إذا كان لعباراتها الجلية معانيها، المحددة ملامحها، قيمة دستورية([1]).

ذلك أنه حتى بعد تسليم المحاكم القضائية بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق إلا أن مجلس الدولة الفرنسى ظل مترددا فى إسباغ هذه القيمة عليها حتى نهاية ١٩٥٠ حين أقر بوضوح بأن لديباجة دستور ١٩٦٤، ولإعلان الحقوق الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٢([2]) قيمة قانونية لا يجوز أن ينقضها عمل قانونى، إلا إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية، أو عن السلطة التنفيذية فى حدود القانون([3]). وهو ما دل على أن وثائق إعلان الحقوق لم تكن لها حتى بعد التسليم بأهميتها، لا قيمة دستورية، ولا قيمة فلسفية، بل محض قيمة قانونية غير محددة طبيعتها. ولم يكن ذلك تقصيرا من القضاة، ولا تنصلا منهم من واجباتهم، وإنما لأن المحيط السياسى من حولهم، أعجزهم عن إسباغ قيمة دستورية عليها.

([1]) ومعنى ذلك أن الحقوق الواردة فى الإعلان، والتى تتسم عباراتها بغموضها، لا تكون لها أية قيمة قانونية، ولا يجور معاملتها كالقواعد القانونية

([2]) ألحق هذا الإعلان بدستور (١٧٩١/٩/٣).

([3]) C.E.11 Juil. 1956, Amicables des Annamités de Paris R.p317.

انظر كذلك:

Maxime Letourneur "L'etendu du Côntrole de Juge de l'exces de pouvoir"

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسى، ولفترة طويلة، اعتبار القواعد الواضحة فى إعلان الحقوق، من قبيل القواعد القانونية التى يجور تطبيقها وتقرير جزاء على مخالفتها، مفضلاً حمل قضائه فى مجال الرقابة التى يباشرها على اعمال الإدارة، على المبادئ العامة للقانون Les Principes Generaux du Droit.

(١١)
تعميق وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣٧- ومع تغيير الأوضاع السياسية التى كان القضاة يعايشونها، من خلال تعميق الدعوة إلى تقرير وسائل للرقابة القضائية على دستورية القوانين، كانت ثمرتها الختامية إنشاء المجلس الدستورى الفرنسى، استطاع هذا المجلس أن يقيم موازين جديدة لهذه الرقابة عن طريق تنوع أدواتها.

ومن ثم قرر فى ١٩٧١/٧/١٦ معاملة ديباجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية(١)، وأن يضفى بقراره فى ١٩٧٣/١٢/٢٧ هذه القيمة ذاتها على إعلان ١٧٨٩(٢). وأن يعامل كذلك -وبقراره الصادر فى ١٩٧٥/١/١٥- كل النصوص التى تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨ باعتبار أن لها قيمة دستورية(٣).

ولم تعد النصوص التى يحتكم إليها المجلس الدستورى الفرنسى للفصل فى دستورية القوانين Textes de Reference، مقصورة بالتالى على نصوص دستور ١٩٥٨؛ وإنما جاوزتها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩؛ وإلى المبادىء الجوهرية التى تضمنتها القوانين المعمول بها فى الجمهورية Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la Republic؛ وكذلك إلى ما ورد بديباجة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية سياسية واجتماعية واقتصادية تتوافق مضامينها مع حقائق العصر.

ومن مجموع هذه النصوص والمبادئ التى يسميها الفقهاء برزمة أو بكتلة الدستورية Bloc de Constitutionalité، تتحدد للرقابة على الدستورية، مرجعيتها. وبها تتقيد السلطة التشريعية فيما تقره من القوانين لتتنوع بذلك مصادر الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، بما يتيح لها -في إطار هذا التنوع- مواجهة إشكال مختلفة من صور العوار التى قد تشوب النصوص القانونية.

فلا يكون تعدد مصادر هذه الرقابة، إلا كافلا تدفق عطائها، واتساع فرص تقويم النصوص القانونية المخالفة للشرعية الدستورية، بما يرد السلطة التشريعية عن انحرافها المحتمل، ويحملها على

---

(١) C.C. 71 - 44 D.C.,16 Juil.1971,R.p.29.

(٢) C.C.73 - 51 D.C.,27 dec. 1973, R.p.25.

(٣) C.C. 74-54 D.C., 15 Janv. 1975, R.p.19.

أن تعمل وفق مداخل توفق بين تشريعاتها ومجموع العناصر التى تشكل رزمة الدستورية. وصار منطقيا بالتالى أن تتقرر القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٥٨، ولكل النصوص التى تحيل إليها([1]).

٣٨- على أن كثيراً من الدساتير اليوم، تحرص على أن تكون حقوق الفرد وحرياته محددة تفصيلا فى متونها. ومنها ما يحصر حقوق الأفراد وحرياتهم ويحصيها فى الدستور، ثم يفتح الطريق لتقرير حقوق أخرى غير التى نص عليها، وذلك من خلال نص عام يعتبر مدخلا لهذه الحقوق. ومن ذلك ما قضى به التعديل التاسع للدستور الأمريكي من أن النص فى هذا الدستور على حقوق بذواتها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار الحقوق الأخرى التى احتجزها المواطنون لأنفسهم، أو التقليل من قدرها.

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

وفى مصر تفسر المحكمة الدستورية العليا حقوق المواطن وحرياته المنصوص عليها فى الدستور الدائم، على ضوء ما يقابلها فى المواثيق الدولية، والتى يندرج تحتها بوجه خاص، الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠، ووقعته مصر.

ذلك إن المحكمة العليا([2]) وإن اعتبرته مجرد توصية غير ملزمة ليس لها خصائص المعاهدة الدولية المصادق عليها أو مقوماتها، وأنه حتى لو اتخذ هذا الإعلان شكل معاهدة دولية، فإن تعديل مواده بقانون داخلى يكون جائزا من الناحية الدستورية([3])؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا التى خلفتها، تنظر إلى المواثيق الدولية -لا باعتبارها جزءا من الدستور- بل لأن تطبيقها فى مجال حقوق الفرد وحرياته الأساسية، يوفر للدولة القانونية خصائصها التى لا يجوز معها أن تنزل فى مجال الحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها فى الدول الديموقراطية.

([1]) لا تدخل نصوص المعاهدات الدولية، فى رزمة الدستورية.

([2]) هى الأسبق وجودا من المحكمة الدستورية العليا، وقد أفردها المشرع بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، مما أثار شكوكا خطيرة حول دستورية هذه الرقابة التى كفلها المشرع لا الدستور. وظل أمر هذه الشكوك محيطا بها، إلى أن صدر الدستور الدائم وقضى فى المادة ١٩٢ منه بأن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر بشأنها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

([3]) محكمة عليا -الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية عليا- "دستورية" جلسة أول مارس ١٩٧٥ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٢٢٨ من القسم الأول من مجموعة أحكامها وقراراتها.

فلا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى هذه الدول ضمانة أساسية لصون حقوق الفرد وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعد -بالنظر إلى مكوناتها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى كفلها الدستور فى المادة ٤١، ومنحها الرعاية الأوفى والأشمل توكيدا لقيمتها، من بينها أن لكل جريمة عقوبتها، فلا يتحملها إلا من أدين عن الجريمة بوصفه مسئولا عنها؛ وأن قدر العقوبة أو مبلغها، ينبغى أن يكون مناسبا لخصائص الجريمة ودرجة خطورتها؛ وأن دستورية التجريم ترتبط بضرورته الاجتماعية؛ وأن العقوبة لا يجوز أن تكون مهينة فى ذاتها، ولا منافية بقسوتها الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة Due process of law؛ ولا متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد[1].

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى الحقوق الأساسية للإنسان -لا على أساس ارتباطها بصفة الشخص كمواطن فى بلد ما- بل لأن هذه الحقوق مردها إلى الخصائص الجوهرية التى تميز النفس البشرية وتمنحها سماتها[2]، بما يؤكد الطبيعة الشاملة لهذه الحقوق، واتساع نطاق تطبيقها، وتمحور اهتمام الجماعة الدولية حولها، واستعصاء تنظيمها وفق معايير وطنية لا تأخذ فى اعتبارها ما طرأ على هذه الحقوق من تطور؛ بما يجعل حمايتها داخليا ودوليا ضرورة يقتضيها ضمانها حتى يكون وجودها حقيقيا، فلا تمارسها سلطة فى حدود غير منطقية؛ ولا تنظمها بما يخل بثوابتها وصحيح محتواها.

٣٩- وعلى ضوء هذه النظرة الشاملة التى تبنتها المحكمة الدستورية العليا فى مصر لحقوق الفرد وحرياته، كان موقفها من المواثيق الدولية التى تنظمها. لتقيم منها -ومن خلال إحالتها إليها- دعائم لقضائها. فلا تبدو حقوق الفرد وحرياته -وطنيا كان أم أجنبيا- بمعزل عن آفاق أعرض تسعها، وتمهد لتماثلها -فى مضامينها وغاياتها- مع تلك التى أقرتها الأمم المتحضرة فى مجتمعاتها،

---

(1) دستورية عليا -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن الحقوق التى استخلصتها المحكمة من حماية الدستور للحرية الشخصية، غير منصوص عليها فى الدستور، ذلك أن مبدأ شخصية المسئولية؛ ومناسبة العقوبة للجريمة موضوعها وشخص مرتكبها؛ وحظر إيقاع عقوبة قاسية أو شاذة أو مهينة؛ وعدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الفعل الواحد؛ وحظر تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة، جميعها مبادئ غير منصوص عليها فى الدستور.

(2) دستورية عليا -القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠- ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

حتى تظل القيود عليها، بقدر ضرورتها، وفى الحدود التى تتسامح فيها النظم الديموقراطية، فلا يكون تنظيمها أدخل إلى مصادرتها، أو منتهيا إلى الحد منها.

ذلك أن لكل حق أو حرية، دائرة بذاتها هى النواة التى يدور حولها، والتى تتوافق الدول بوجه عام على ترسيم حدودها، فلا يجوز تنظيم الحق أو الحرية إلا فيما وراء حدودها الخارجية؛ وهى بعد دائرة لا يجوز اقتحامها. فإذا انقض المشرع عليها أو قوض بنيانها، أحالها ركاما([1]).

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى ديباجة الدستور القائم –التى تسميها بعض الدساتير العربية <<بالتوطئه>>– باعتبارها جزءا من الدستور يشكل مع نصوصه كلا غير منقسم، لأنها مدخل إلى محتواه، وتعين على فهم بعض جوانبه، وعلى الأقل فيما ورد بالديباجة من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة القانونية الكامنة وراءها([2]).

(١٢)
تعدد مداخل حماية حقوق الإنسان

٤٠– واليوم فإن الحماية الواجبة لحقوق الفرد وحرياته لها مداخل متعددة فى النطاق الداخلى:
أقواها، النموذج الأمريكي. ويتحصل فى النص على حقوق الأفراد وحرياتهم فى الدستور ذاته، مع تخويل محكمة عليا المرونة اللازمة والسلطة الكافية التى تحدد بها نطاقها، والأغراض التى توخاها،القيم التى تحتضنها، فلا تكون سلطة التفسير النهائى لنصوص الدستور لجهة غيرها([3]).
The ultimate interpretor of the Constitution

([1]) دستورية عليا القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ –القاعدة رقم ٤٥– ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

([2]) دستورية عليا –القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ –القاعدة رقم ٢٧– ص ٣٢٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

([3])Powel V. McCormack,395 U.S. 486, (1969).

ففى هذه القضية تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن مسئوليتها هى أن تعمل باعتبارها جهة التفسير النهائى لأحكام الدستور

It is the responsibility of this court to act as the ultimate interpretor of the constitution.

وأضعفها، أن تكون الكلمة النهائية أو الرئيسية للبرلمان من خلال السلطة التقديرية المطلقة التى يملكها فى مجال تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم([1]).

مثلما هو الحال فى المملكة المتحدة، وإن كان دخولها فى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، قد جعلها ميثاقا يعلو السلطة التشريعية ويقيدها Une charte supranationale ويلزمها بتنفيذ الأحكام القضائية التى تصدر من المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تطبيقا لهذه الاتفاقية.

وأوسطها، تلك النظم التى تزاوج فى مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بين السيادة البرلمانية والسيادة القضائية. وهو ما عليه الحال فى كندا منذ نفاذ ميثاقها فى شأن حقوق الأفراد وحرياتهم فى ١٧ من أبريل ١٩٨٢. ذلك إن هذا الميثاق يمثل خطوة رئيسية بالغة الأهمية فى الحياة الدستورية فى هذا البلد منذ إقرار نظامها الفيدرالى فى ١٨٦.

فمن جهة، يقرر هذا الميثاق، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، لا يجوز تقييدها بغير قاعدة قانونية، وفى حدود منطقية، ووفق الضوابط التى احتذتها الدول الديموقراطية الحرة.

ومن جهة ثانية، تخول المادة ٣٣ من هذا الميثاق، كلا من البرلمان ومشرع المقاطعة، الحق فى أن يصرح فى قانون يصدره، بسريان أحكام هذا القانون، أو بعضها، دون ما اعتداد بحكم المادة الثانية من الميثاق، أو بالمواد من ٧ إلى ١٥ منه. وهو ما يعنى وقفها خلال المدة التى نص عليها القانون، والتى لا يجوز فى أية حال، أن تزيد على خمس سنين اعتباراً من وقت نفاذه.

فإذا لم يكن ثمة تصريح على النحو المتقدم La clause Dérogatoire [Clause Nonobstant]، فإن السلطة القضائية تستعيد ولايتها كاملة فى مجال التفسير النهائى للدستور والميثاق([2]).

([1]) لبعض الوثائق أهمية كبرى فى المملكة المتحدة، فلا يجوز الخروج عليها ومن بينها ملتمس الحقوق Petition of Rights وكذلك وثيقة الماجنا كارتا.

([2]) Gerald. A. Beaudon, La Constitution du Canada, 2e Tirage, revisé, 1991, pp. 631, 788-790.

ويلاحظ أن المادة الثانية من الميثاق التى يجوز وقف العمل بها، تتكلم عن حرية العقيدة وحرية الفكر والاعتقاد وحرية التعبير وحرية الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال، وكذلك الحق فى المجتمع وحرية الاجتماع. أما المواد من ٧ إلى ١٥، فتخص مجموعة من الحقوق، من بينها حق الإنسان فى الحياة وفى الحرية، وفى السلامة الشخصية، وفى ألا يحتجز أو يسجن بصورة تعسفية أو تحكمية، وكذلك فى تمتعه بالضمانات المنصوص عليها فى المادة العاشرة من الميثاق فى مواجهة القبض أو الاعتقال.

٤١- ولا تقنع بعض الدول، فى مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بالنص عليها فى الدستور. ولكنها تحول دون تعديل نصوص الدستور التي تكفلها أو تنظمها، لتظل حقوق الفرد وحرياته عصية على كل محاولة لتغيير مضمونها أو إبدالها بغيرها.

ومن هذه الدول جمهورية ألمانيا الاتحادية، التى كفل قانونها الأساسى -هو الدستور المعمول به فيها- السيادة لأحكامه؛ ونص على ضمان الحقوق الفردية استقلالا عن الدولة؛ وانشأ نظاما يقوم على تقسيم السلطة وتوزيعها؛ وأقام سلطة قضائية لها استقلالها، على رأسها المحكمة الدستورية.

ثم قرن القانون الأساسى([1]) هذا التنظيم بشرط الدائمية Eternity clause المنصوص عليه فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ من هذا القانون، التى تحظر كل تعديل يتناول المبادىء المنصوص عليها فى مادتيه الأولى والعشرين، التى تقرر أولاهما أن كرامة الفرد لا يجوز انتهاكها؛ وأن على الدولة أن تعمل على احترامها وضمان حمايتها؛ وأن حقوق الإنسان لا يجوز النزول عنها أو الإخلال بها؛ وأن شعبها يقر بضرورتها لكل جماعة، ولإرساء السلم والعدل؛ وأن الحقوق الأساسية المنصوص عليها فى المواد التالية، تقيد كل سلطة بوصفها قانونا نافذا بصورة مباشرة As directly enforceable law.

([1])عمل بالقانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الفيدرالية اعتبارا من ٢٣ مايو ١٩٤٩. وقد سمى كذلك لأن الذين وضعوا هذا القانون، كانوا غير راغبين فى أن يخلعوا وصف الدستور على وثيقة صاغوها لتحكم جزءاً من ألمانيا، ولفترة محدودة تنتهى بالضرورة بتوحيد ألمانيا. وكانت وجهة نظرهم أن القانون الأساسى المذكور يقف سريانه اعتبارا من صدور دستور يحكم ألمانيا فى جميع أجزائها بعد دمجها ببعض. ولأن هذا الدستور لن يتبناه مجلس برلمانى Parliamentary Council مثلما هو الأمر فى القانون الأساسى، وإنما توثقه الإرادة الحرة للشعب الألمانى فى مجموعه. ولكن الذى حدث كان غير ما توقعوه، فقد قبلت ألمانيا الشرقية الاندماج فى ألمانيا الفيدرالية (الجزء الغربى من ألمانيا) تحت القانون الأساسى، وهو ما دل على قبول المواطنين فى مجموعهم لهذا القانون، حتى بعد توحيد ألمانيا بشطريها.

ويلاحظ أن القانون الأساسى تضمن تصالحا بين نزعة تقليدية تحررية من جهة، كان لها أثرها فى صون هذا الدستور للحق فى الحياة وتكامل الإنسان بدنيا [مادة ٢]، وكذلك الحق فى التكافؤ فى المعاملة القانونية [مادة ٣] وفى مباشرة العقيدة [مادة ٤] وفى حرية التعبير [مادة ٥] وفى ضمان الحق فى التجمع وحرية الاجتماع [مادتان ٨و٩] وفى حرمة الحياة الخاصة [مادة ١٠] وحرية الانتقال [مادة ١١] والحق فى الملكية [مادة ١٤]؛ وبين نزعة اشتراكية من جهة ثانية تبلورها وظيفة الملكية والسيطرة الشعبية على الموارد الاقتصادية؛ ونزعة دينية من جهة ثالثة تعكسها الحماية التى يكفلها الدستور للزواج والأسرة، وحق الآباء فى تعليم أبنائهم. وكان من شأن هذا التصالح أن آمن المواطنون بوجه عام، بأن قانونهم الأساسى جماع قيم يرتضونها، ووعاء لحقوقهم وواجباتهم التى ناضلوا من أجْلها.

وتنص ثانيتهما على أن جمهورية ألمانيا الاتحادية دولة ديموقراطية، واشتراكية فيدرالية؛ وأن سلطة الدولة -فى كل صورها- نابعة من شعبها؛ وأنه يمارسها من خلال حق الاقتراع وحق إختيار ممثليه، وعن طريق سلطة تشريعية تصدر قوانينها بما لا يناقض النظام الدستورى، وسلطتين تنفيذية وقضائية، تتقيدان بالقانون وبالعدالة؛ وأن لكل المواطنين الحق فى مقاومة هؤلاء الذين يعمدون إلى إلغاء النظام الدستورى لهذه الجمهورية، إذا تعذر حملهم على العدول عن موقفهم بطريقة أخرى.

تلك هى الأحكام التى حظر القانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الاتحادية تعديلها، وهى تدل على أن كرامة الإنسان هى القيمة الأعلى التى لا يجوز التفريط فيها؛ وأنها الدعامة التى ترتكز عليها كل الحقوق الإنسانية التى يصونها الدستور؛ بل هى نقطة البداية فى كل نظام يرعاه.

ومن ثم كان منطقيا أن يكون ضمان حقوق الفرد المترتبة على صون كرامته، كافلا أولويتها على ما عداها، ومؤكدا أبديتها من خلال حظر تعديلها، وجاعلا لكل فرد وقع عدوان من السلطة على حقوقه، حق النفاذ إلى جهة القضاء العادى للحصول منها على الترضية القضائية الملائمة، ما لم يكن المشرع قد عهد بالفصل فيما قد يثور من نزاع بشأنها لجهة غيرها([1]).

وهو ما يعنى أن حقوق الفرد وحرياته، لا تعتبر غاية فى ذاتها مجردة من الضمانة القضائية التى تحميها. بل تكون هذه الضمانة جزءا منها.

وما الدولة بكل هياكلها إلا أداة دمج الأفراد فى مجتمعها لربطهم بقيم أعلى يكون فيها الفرد حرا بشرط إيمانه بأن الحقوق التى ينبغى أن يحوزها ليتمتع بها، هى تلك التى تتوافق الجماعة عليها، ويكون اعترافها بها كافلا الخير العام، وهو ما تضمنه الديموقراطية التمثيلية فى إطار من تقسيم السلطة والفصل بين أفرعها([2]).

([1]) الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

([2]) Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, pp.30-33.

(١٣)
خضوع السلطة للقانون
أولاً. مبدأ الخضوع للقانون جوهر على الشرعية الدستورية

٤٢- يبلور مبدأ الخضوع للقانون، جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها. وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها، على التقيد بالضوابط التى ألزمها الدستور بها ليمنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها لقيم ترعى بها مصالح محدودة أهميتها، أو إهمالها إرادة مواطنيها أو امتهانها، أو تنظيمها لشئونهم بما يُرَوعهم، أو تدخلها فى مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحرياتهم لطمسها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها.

ولقد كان الصراع من أجل إرساء قاعدة تقييد السلطة، ممتدا حقبا عريضة فى أغوار الزمن. وتوخى دوما أن تكون السلطة أفضل فى عطائها ومصداقيتها وحيدتها وجاذبيتها، وأن يحكمها القانون وحده بالنصوص التى يتضمنها، والتى لا يجوز التحايل عليها سواء لوقفها أو لتجاهلها.

واقترن تقييد السلطة فى الدول الديموقراطية، بضرورة موازنتها بسلطة تقابلها وتعادلها، وكان التحوط دائما من السلطة التنفيذية باعتبارها بؤرة القوة، ولأنها تميل عادة من خلال اتساع سلطانها، إلى قهر الآخرين وإنكار حرياتهم.

وصار الخضوع للقانون إطارا ضد صور القهر على اختلافها، وضمانا لتنظيم الحرية بما لا يخل بمضمونها.

بل إن القانون كان يعد باطلا إذا نقض قيما للعدل تعلوه، أو كان مجافيا للمنطق، أو كان تنفيذه مستحيلا.

وظهر الدستور بالتالى باعتباره قانونا أساسيا مستندا فى إعلاء نصوصه على إرادة الجماهير العريضة التى صاغتها، فلا تكون السيادة لأية سلطة، بل لهذه الإرادة وحدها، وعنها تستمد السلطة مشروعيتها، وعلى ضوئها تعمل السلطة من أجل ضمان مصالح الجماهير التى فوضتها فى تنظيمها.

وإذا كان لقوة السلطة توحشها كحيوان ضار، فإن إفراغ السلطة من عناصرها بأسها يفقدها فعاليتها.

وصار ضروريا بالتالى ألا تتمحض السلطة عن امتياز للأشخاص الذين يباشرونها، وأن يقترن إيداع السلطة فى أيديهم بتوزيعها، وبمراقبتها فى إطار القيود التى تحدد حركتها.

وهى قيود يقتضيها الدستور، وتفرضها جهة الرقابة على الدستورية حتى يكون تقاسم السلطة فعليا، وليس شكلا ظاهريا يدمج أفرعها فى بعضها LA CONFUSION DES POUVOIRS.

ويزيد من خطورة الأمر أن السلطة التشريعية فى كثير من الدول -والنامية بوجه خاص- لا تباشر رقابتها الفعلية على السلطة التنفيذية، ولا توازيها فى سطوتها. وصار الأصل هو خضوعها لها بطرائق مختلفة، وإن قارنها حرص السلطة التنفيذية على أن يكون للسلطة التشريعية وجوداً قانونياً، إبقاء على الواجهة الديموقراطية فى ظاهر ثوبها.

ثانياً: المفاهيم التى يقوم عليها مبدأ الخضوع للقانون

٤٣- وقد تطور مبدأ الخضوع للقانون إلى أن صار مثلا أعلى فى إطار نظم ديموقراطية تبلور إرادة مواطنيها من خلال حق الاقتراع، وتعطى أغلبيتهم حق تشكيل هذه النظم، وتكفل لجميعهم تساويهم فى مجال إشرافهم عليها، ومحاسبتهم المسئولين عن إدارتها، وتمثيلهم فيها تمثيلا منصفا، مع تنوع مراكز اتخاذ القرار. وكفل الخضوع للقانون بالتالى، تعدد الآراء لا توحدها، وربط مشروعية السلطة، بتساميها عن أهوائها، وبتسامحها مع خصومها، وبتبنيها لقيم ديموقراطية يتصدرها أن يكون إسناد السلطة وتوليها وتداولها عملا تنافسيا حرا وعريضا، وأن يتزاحم عليها بالتالى من يريدون الظفر بها، فلا يكون انتقاؤهم عملية تحكمية، بل تفضيلا واعيا بصيرا.

ثالثاً: علو القانون على السلطة بكل تنظيماتها

٤٤- وفى إطار هذه المفاهيم، صار لازما أن يعلو القانون على السلطة بكل تنظيماتها، فلا يكون عدوانها على حقوق مواطنيها بغير جزاء، ولا مقاومة انحرافها تمردا غير مقبول، ولا تنظيمها لشئونهم عملا قسريا يحملون عليه حملا.

وإنما ترعى السلطة حدودها لضمان مشروعيتها، فلا تكون حركتها بعيدا عن النظم القانونية التى توجهها. بل تعمل فى إطارها وفق قيم الجماعة، وبما يصون مبادئها، ويندرج تحتها ضرورة أن تتوافق هذه النظم مع الدستور باعتباره وثيقة تقدمية، يرتبط إنفاذها بصرامة تطبيقها على ضوء أوضاع متغيرة بطبيعتها.

وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا فى مصر التى لا يجوز أن يكون موقفها من حماية نصوص الدستور متراخيا، بل مؤكدا عزمها على حراستها، ومنبئا عن ردعها لكل صور العدوان على كل حق أو حرية كفلها الدستور، فلا تكون رقابتها على الشرعية الدستورية غير إدراك لمتطلباتها.

رابعاً: شرعية السلطة تفترض تداولها والقبول بها بالطرق الديموقراطية

٤٥- ولا تزال شرعية السلطة بعيدة عن أن تكون إرثاً أو تعاقباً زمنياً متصلة حلقاته إلى ما لا نهاية. وينافيها كذلك أن تكون خطوة بائسة فى مستنقع أسن.

كذلك فإن انتزاع السلطة بالقوة لا يبرر ممارستها. وفرضها لإرادتها عنوة لا يوثق صلتها بمواطنيها.

واتحيازها لمصالحها الضيقة أو خروجها عن حدود التفويض المخول لها، يقوضها، ويمهد لزوالها.

ذلك إن ما يؤسسها ويدعو إلى احترامها، هو القبول العام بها. وما يطورها هو تنظيمها لهيكلها بصورة مقتدرة، واحتفاؤها بآمال مواطنيها وتطلعاتهم.

وصح ما قررته المحكمة الدستورية العليا باطراد فى أحكامها من أن مبدأ الخضوع للقانون، هو ركيزة الدولة القانونية وأساس بنيانها، وأن مؤداه أن تتقيد السلطتان التنفيذية والتشريعية بالقواعد القانونية التى تعلوهما، والتى يتحدد مضمونها على ضوء المقاييس التى التزمتها الدول الديموقراطية باطراد فى مجتمعاتها، واتخذتها طرائق لحياتها، ونهجاً لأشكال حركتها، ومظاهر سلوكها.

خامساً: يحدد الدستور لكل سلطة ولايتها ويطوقها

٤٦- وبدا واضحاً للأذهان أن الدستور وثيقة مدونة تعلو بأحكامها علـــى القواعـد القانونيــة جميعها، وأنها تحدد لكل سلطة صلاحياتها، وتطوقها في الوقت ذاته Conferred and circumscribed competence وأن الأصل هو أن تباشر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولايتـــها فـــى شـــأن النصوص القانونية جميعها، وإلا جاز القول بوجود مناطق من الدستور علـــى الجهـــة القضائيـــة أن تغمض عنها أعينها.

ومما يعزز قاعدة الخضوع للقانون، أن الأصل فى الأفرع التى تتقاسم السلطة، أنـــها متكافئـــة فيما بينها، وأن كلا منها يقوم بوظيفته فى الحدود التى نص عليها الدستور؛ فلا ينتحل امتيازا ثابتـــا لفرع آخر؛ ولا يباشر مظاهر سلطته إلا على ضوء ضوابطها، كى يكون خضوعها للقـــانون، نافيـــا انحرافها، حائلا دون تحكمها.

كذلك فإن نزول الدولة -وباعتبارها شخصا قانونيا- على القواعد المقيدة لسلطتها، يوحد بيـــن الفرقاء داخل الوسط الاجتماعى، ويحول دون تفاقم صور الصراع بين بعضهم البعض، ويكفل شـــكلا لمصالحة بينها وبين مواطنيها، وعلى الأقل فى مجال دعمها لحقوقهم وحرياتهم والعمل على حمايتها.

سادساً: خضوع السلطة للقانون لا ينافى استقرارها

٤٧- كذلك لا يناقض خضوع السلطة للقانون، واجبها فى أن تحفظ وجودها وأن تكفل وحدتـــها واستقرار نظامها، وأن تحقق للجماعة تماسكها بما يؤكد مفهوم التضامن الاجتماعى بين أبنائها الذيـــن تتصاعد احتياجاتهم باطراد فى محيط الجماعة، ووفق قيمها.

شأن خضوع الدولة للقانون، شأن خضوع غيرها من أشخاص القانون لأحكامـــه، وإلا كـــان الجزاء قرين خروجها على نواهيه وأوامره، مما جعل البعض يقابل بين خضوع الدولة للقانون مـــن جهة، وبين تقييدها لسلطاتها بنفسها من خلال القوانين التى تصدر عنها، والتـــى لا تبلـــور نزواتـــها وميلها إلى التسلط من جهة ثانية .La theorie de l'autolimitation

سابعا: الفصل بين شخصية السلطة والخضوع للقانون

٤٨- ويظل صحيحا قانونا، أن شخصية السلطة من ناحية، وخضوع من يباشرها للقانون من جهة ثانية، أمران متنافران. ذلك أن كل قابض على السلطة، لا يباشرها إلا نيابة عن الجماعة، ولصالحها، وعلى ضوء قيمها([1]).

وفى هذه المنطقة تتحقق جهة الرقابة على الدستورية من مباشرة الاختصاص فى حدوده؛ بعد تثبتها من وجوده.

وفى هذا المقام، ينبغى التمييز فى مجال تفسير الدستور، بين تفسير نهائى ينعقد لجهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية من جهة؛ وبين تفسير مبدئى تتولاه من جهة ثانية الأفرع التى تتوزع السلطة عليها -فى إطار من الاحترام المتبادل فيما بينهما- كى يحدد كل منها نطاق ولايته على ضوء فهمه لنصوص الدستور التى ترسم تخومها([2]).

In the performance of assigned constitutional duties ,each branch of the government must intially interpret the constitution, and the interpretation of its powers by any branch, is due great respect from the others.

ثامنا: بين الخضوع للقانون والسلطة التقديرية للمشرع

٤٩- ولا تناقض السلطة التقديرية -والأصل فيها هو الإطلاق- خضوع الدولة للقانون بما يفرضه عليها من قواعد تعلوها.

ذلك إن السلطة التقديرية -وسواء باشرتها السلطة التشريعية أو التنفيذية- هى فى حقيقتها موازنة بين البدائل التى تتزاحم فيما بينها لتنظيم الموضوع الواحد، توطئة لاختيار أقلها تقييدا للحرية، وأقربها اتصالا بالأغراض التى يراد تحقيقها، وأدخلها لحكم العلاقة القانونية المعنية، وبافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها فى مضمونها وغاياتها.

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية- "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤- ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

([2]) United States V.Nixon 418. U.S. 683, (1974).

ولا كذلك أن يقيد الدستور السلطة التقديرية فى بعض جوانبها، إذ يحيلها الدستور فيما تعلق بـه القيد من صور اختصاصها، إلى سلطة مقيدة.

وفى ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا بأن: "السلطة التقديرية التى يملكـها المشـرع فـى موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل هو إطلاقها، إلا أن القيود التى يفرضها الدستور على هـذه السلطة، هى التى تبين تخوم الدائرة التى تصون الحقوق التى ضمنها الدستور، فلا يكون اقتحامها إلا عدوانا على هذه الحقوق مجانبا حدود تنظيمها، ومنتهيا إلى مصادرتها أو تقييدها(١)".

بما مؤداه أن السلطة التقديرية لا يجوز أن تختلط بالسلطة التحكمية. ذلـك أن التقديـر ليـس استهواء أو تشهيا، وإلا صار انحرافا.

واتصال التقدير بموضوع معين، مقتضاه ألا يكون دائرا فى الفراغ. وتوخيه تحقيق أغـراض بذواتها، يفترض ألا يكون التقدير منفكا عنها.

ومن ثم تقوم علاقة منطقية بين النصوص القانونية التى صاغها المشرع من جهة، وبين أهدافها من جهة ثانية. ذلك إن هذه النصوص تعتبر مجرد وسائل اختارها المشرع لتحقيق الأغراض التـى توخاها من تنظيم موضوع معين.

فإذا لم تكن ثمة صلة منطقية بين النصوص القانونية، والأغراض التى توختها، صار التنظيـم التشريعى مخالفا للدستور(٢).

وأساس ذلك، أن تنظيم المشرع للحقوق غير مقصود لأغراض نظرية، بل يتغيا تحقيق مقـاصد بذواتها حرص المشرع على بلوغها من خلال النصوص القانونية التى صاغها.

---

(١) دستورية عليا –القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية – جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ –قاعدة رقم ٣٣– ص ٥٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" –جلسـة ١٩٩٥/٨/٥ – قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء.

(٢) دستورية عليا –القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية– جلسة ١٩٩٥/٨/٥ –قاعدة رقـم ٨– ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولأن كل تنظيم يتضمن تقسيما تشريعيا أو تصنيفا Legislative classification من خلال الحقوق أو المزايا التى يمنحها لفئة دون أخرى، أو عن طريق الأعباء التى يلقيها على البعض أو التى يُعفيهم منها، فإن اتصال النصوص القانونية التى يقوم عليها هذا التقسيم التشريعى بأهدافها، ينبغى أن يكون حقيقيا، ومنطقيا، وإلا صار منطويا على تمييز غير مبرر دستوريا.

ولا كذلك السلطة التحكمية التى تناقض بطبيعتها خضوعها للقانون، سواء عند ميلادها أو من خلال مظاهر مباشرتها. إذ تتمحض انفلاتا من القواعد التى فرضها الدستور فى مجال تأسيسها، وعلى صعيد ممارستها.

تاسعا: منافاة الخضوع للقانون للنظم الاستثنائية كأصل عام

٥٠- ويلاحظ أخيراً، أن حقوق الأفراد وحرياتهم لا تصونها قوانين استثنائية لا تقتضيها الضرورة فى أعمق ملاحها. كتلك التى تعبر السلطة بها عن ميلها إلى العدوان أو إلى التسلط والاستعلاء. ذلك أن هذه القوانين تتمحض غلوا فى مجال القيود التى تفرضها على حقوق الأفراد وحرياتهم. وتقوم على تطبيقها كذلك هيئة استثنائية سواء فى تشكيلها أو فى مضمون القواعد القانونية التى تطبقها، بما يخل بحق المتقاضين فى الحصول من قاضيهم الطبيعى على الحد الأدنى من ضماناتهم التى يكفلها الدستور والقانون.

عاشرا: فرائض مبدأ الخضوع للقانون

٥١- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، يفترض مبدأ الخضوع للقانون:

أولاً: أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء فى مجال طلبها أو الدفاع عنها واقتضائها، أو على صعيد الطعن فى الأحكام التى تتعلق بها. ذلك أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال فرضهم فى النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى؛ ولا فى مضمون القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا فى فعالية ضمانة الدفاع للحقوق ذاتها التى يدعونها؛ ولا فى اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها([1]).

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية- "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ٧- ص ١٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثانياً: أن تكون القيود التى تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية، واقعة فى حدود ضيقة، ليبلغ اليقين بها حدا يعصمها من كل جدل حول دلالتها Legal Certainty، وحتى لا يكون تطبيق رجال السلطة لها، انتقائيا قائما على معايير شخصية تخالطها الأهواء، وتنال من الأبرياء([1]).

ثالثاً: أن يرتبط نفاذ القاعدة القانونية فى حق المخاطبين بها، بإعلانها من خلال نشرها لضمان ذيوع أحكامها، وامتناع القول بالجهل بها. فلا يكون نشرها إلا كافلا وقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلا دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها يقينيا، أو كان إدراكهم لمضمونها مشكوكا فيه.

ذلك أن حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها- إخلال بحرياتهم وبحقوقهم التى كفلها الدستور، دون تقيد بالوسائل القانونية السلمية التى حدد الدستور تخومها وفصل أوضاعها، والتى يندرج تحتها أن القاعدة القانونية التى لا تنشر، لا توفر إخطارا كافيا بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها. ولا يجوز التدخل بها -بعد زوال مقوماتها- لتنظيم حقوق المواطنين أو حرياتهم.

رابعاً: أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل فى شأنها الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها، كتلك المتعلقة باقتراحها أو بإقرارها، أو بإصدارها، أو بنشرها فى الجريدة الرسمية؛ لا يستقيم بنيانها، وتعامل بالتالى كالعدم سواء بسواء.

والقول بأن القواعد القانونية التى لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها، مردود، بأن الرقابة على الشرعية الدستورية، تستنهضها تلك النصوص التى جرى تطبيقها فى شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زايلتها قوة نفاذها، إذ يعتبر إخضاعهم لها، تدخلا فعليا Actual Interference فى شئونهم، ملحقا ضرراً باديا أو محتملا بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التى أحدثتها تصورا نظريا.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٨- ص ٣٥٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

خامساً: كلما ارتبط تجريم أفعال بذواتها بوقوعها في مكان معين، تعين على المشرع أن يبين أوصافه وحدوده، بصورة جلية لا خفاء فيها، وإلا كان مجهلا بنطاق الدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي أثمها فيما وراء حدودها الخارجية([1]).

سادسا: كذلك فإن ربط الأغراض التي يراد تحقيقها، بالوسائل إليها An end - means test يعتبر أحد العناصر الجوهرية لخضوع الدولة للقانون.

وعلى ضوء هذه القاعدة، لا تنظر جهة الرقابة على الدستورية إلى نصوص الدستور في ذاتها، ولكنها تجيل بصرها في أمر خارج عنها، هو ما إذا كانت القيود التي فرضتها السلطة التشريعية على الحقوق التي كفلها الدستور، ترهق محتواها، فلا تناسبها، خاصة حين تربو الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم، على الثمار التي تريد السلطة التشريعية أن تحصل عليها من وراء تنظيمها لها.

سابعا: ويفترض الخضوع للقانون كذلك، وحدة البنيان الموضوعي للقيم A unified structure of substantive values وعلى الأخص تلك التي تتعلق بتحقيق ديموقراطية برلمانية حرة وتمثيلية، تعززها حقوق الأفراد وحرياتهم التي أدرجوها في الدستور.

وتتأتى موضوعية القيم الكامنة وراء الحقوق التي كفلها الدستور، في أن لكل منها وجودا واقعيا في ظل أحكامه، فلا تعتبر مجرد قيم فلسفية، ولكنها تقيد كل سلطة وتلزمها بالنزول عليها في إطار عناصر نظامها القانوني ومفرداته.

فحق الاجتماع، والحق في الملكية وحرية التعبير، وحق الشخص في اختيار الحرفة التي يريد امتهانها، تقارنها مجموعة من القيم تعتبر غاية نهائية لهذه الحقوق، فلا يجوز الإخلال بها.

كذلك فإن الحق في صحافة متحررة من القيود التي تقوض استقلالها، لا يحول دون تنظيمها، لضمان القيم الموضوعية للجماعة في الديموقراطية والحرية، ومن بينها ألا تكون الصحافة أسيرة مصالح فئوية تهيمن عليها وتوجهها.

([1]) لكل محمية بحرية –وبالضرورة– حيز من المياه البحرية يكون محددا لنطاق الدائرة التي لا يتصور أن تقع الأفعال التي أثمها المشرع فيما وراءها. فإذا لم يبين المشرع أصلا حدود المحمية البحرية، أو أشار إليها بصورة إجمالية ثم أغفل نشر الخريطة التي تبين حدود المحمية في الجريدة الرسمية، فإن خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم تكون منتفية، بما يناقض الخضوع للقانون، ويخل بالحرية الشخصية من خلال قيود غير مبررة تنال من جوهرها –الحكم السابق– ص ٣٣٧ –٣٧٩ من الجزء السابع.

بيد أن موضوعية القيم، لا تعنى أن تعزل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، العناصر السياسية للقيم عن متطلباتها الواقعية. بل تتحدد هذه القيم على ضوء نظرة شاملة تحيط بكل العناصر التى كونتها، وعلى الأخص فى محيط الرقابة على الدستورية التى لا ينفصل فيها القانون عن السياسية، بل يكون تداخلهما تعبيرا عن جوهر هذه الرقابة وحقائقها. وموضوعية القيم الكامنة وراء نصوص الدستور، هى التى تعطى الحقوق التى كفلها ضماناتها العملية وتقويها.

ذلك أن هذه القيم، هى التى تحكم النظام القانونى فى مجموع مكوناته، وتؤثر بالتالى فى القانونين العام والخاص، وتوحد تطبيقاتهما فى كل ما يتصل بالأغراض النهائية التى تتوخاها الحقوق الأساسية التى ضمنها الدستور Objective underlying guaranteed basic rights.

كذلك فإن موضوعية القيم التى احتضنها الدستور، هى التى تطهر أحكامه مما يكون قد شابها من غموض. ذلك أن هذه القيم هى التى تحدد –من منظور اجتماعى– ما قصده الدستور بالحق أو الحرية محل الحماية([1]).

حادى عشر: مبدأ الخضوع للقانون فى الدول الفيدرالية

٥٢– وفى الدول الفيدرالية، يقوم مبدأ الخضوع للقانون على صون مجموعة من القيم التى يمكن استخلاصها من نصوص الدستور الفيدرالى، من بينها ضمان وحدة الدولة الفيدرالية، وتكامل إقليمها، والتوفيق بين مصالحها ومصالح ولاياتهاThe principle of federal comity؛ وضمان نظامها

([1]) يلاحظ أن فهم جهة الرقابة على الدستورية، للقيم التى يحتضنها الدستور، إما أن يتم على ضوء نظرة تحررية Liberal theory تأخذ فى إعتبارها الحرية الاقتصادية والحق فى تقرير المصير، وتؤكد الطبيعة السلبية لحقوق الفرد فى مواجهة الدولة؛ أو نظرة تربط حقوق الفرد بالتجمعات المختلفة، كالجماعات الدينية. ووسائل الأعلام ومراكز البحث العلمى وعلاقات الزواج والأسرة Institutional theory.

أو على ضوء نظرة قوامها أن لهذه القيم خصائصها الذاتية النابعة من كرامة الإنسان والمتولدة عن ملامح النفس البشرية وطبيعتها Value - oriented theory.

وقد ينظر إلى هذه القيم على ضوء ما يلابس بعض الحقوق من ملامح سياسية ذات طبيعة عرضية كالحق فى حرية التعبير والاجتماع، فضلا عن الدور الذى تلعبه الانتخابات والأحزاب السياسية Democratic theory. وأخيراً فإن النظرة الاجتماعية لهذه القيم Social theory تركز على أهمية العدالة الاجتماعية والحقوق الثقافية والأمن الاجتماعى. وعادة لا تعتد جهة الرقابة على الدستور فى بحثها عن القيم الكامنة وراء نصوص الدستور، بنظرية دون أخرى، ولكنها تعمل على التوفيق بين عناصرها وتزيل التوتر بينها قدر الإمكان.

See. Donald P. Kommers, ibid, p. 49.

الديموقراطى الحر Free liberal democratic order؛ وإسهام أحزابها السياســية فــى تكويــن الإرادة السياسية لشعبها؛ وامتناع تعديل نصوص الدستور الفيدرالى التى حظر تعديلــها Unconstitutional constitutional amendment؛ ومعاملة نصوص الدستور الفيدرالى باعتبارها مترابطة فيما بينها؛ The principle of the constitution's unity وتفعيلها للحصول على أقصى نواتجــها The principle of optimal effect، فلا يقع تنازع فى القيم على صعيد الدولة الفيدرالية فى مجموع مكوناتها، ولا تحبـط إحداها أغراضا لغيرها.

(١٤)

بين تدرج قواعد الدستور وتساويها

أولا: نصوص الدستور لا تدرج فيها

٥٣- لقواعد الدستور جميعها مرتبة واحدة، فلا ينتظمها تدرج هرمى يقيم بعضها فوق بعض.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<<الأصل فى الحقوق التى كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تدرج هرمى يجعل بعضها أقل شأنا من غيرها أو فى مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ فى أن لكل منها مجالا حيويا لا يجوز اقتحامه بالقيود التى تفرضها النصوص التشريعية. ويتحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التى نص عليها الدستور فى صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها؛ وبمراعاة الأغراض النهائية التى قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره؛ وفى إطار الرابطة الحتمية التى تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التى كفلها الدستور، باعتباره مدخلا إليها، أو لازما لصونها>>([1]).

ثانيا: ديباجة الدستور وقيمتها

٥٤- وشأن ديباجة الدستور، شأن القواعد المنصوص عليها فى صلبه، كلما حوت هذه الديباجة قواعد من طبيعة دستورية. ولئن كان البعض يميز فى ديباجة الدستور بين عباراتها الغامضة التى لا يجوز التعويل عليها من جهة؛ وبين ألفاظها الواضحة التى يمكن ضبط معانيها من جهة ثانية؛ إلا أن ما ينبغى التركيز عليه فى ديباجة الدستور، ليس غموض معانيها أو وضوحها، وإنما القواعد القانونية التى تشى هذه الديباجة بها.

فكلما تعذر علينا أن نستنبط من هذه الديباجة -حتى فى أجزائها الواضحة معانيها- قاعدة قانونية لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، فإن هذه الأجزاء تنعدم قيمتها الدستورية، ولا تزيد

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ قاعدة رقم ٣٧ ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

عباراتها عن أن تكون سردا لحقائق تاريخية، أو لمراحل من نضال الجماعة أو لأطوار من التطور بلغتها أو لآمال ترجوها وتخطط لها([1]).

ثالثا: الوثائق ذات الطبيعة الدستورية وقيمتها

٥٥- وقد تكون بعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، أسبق فى وجودها من الدستور. وقد تتعدد هذه الوثائق وتتنوع، ويزداد ثراؤها تبعا لاختلافها فى المسائل التى تنظمها واتساع آفاقها وتعدد جوانبها، وتعلق بعضها بالحقوق السياسية والمدنية، وبعضها الآخر بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية أو بمزيج منها. ومن ثم تشكل هذه الوثائق -فى مجموع مفرداتها- روافد متدفقة لصون هذه الحقوق جميعها.

وكثيرا ما يثور الجدل حول أهمية هذه الوثائق فى علاقتها ببعضها، ودرجة الحماية التى ينبغى أن نوفرها لها، وعما إذا كان قدم بعضها يسوغ إطراحها أو التقليل من أهميتها، أو تقديم غيرها عليها.

وتظهر حدة هذه المشكلة، إذا كانت جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تحتكم -فى مجال فصلها فى دستورية القوانين- إلى نصوص الدستور وحدها. بل تضم إليها وثائق أخرى لها طبيعة دستورية، وتشكل فى مجموعها كتلة واحدة تكون معانيها غير متوافقة فيما بينها، بما لا يوحد بين أجزائها، بل يقيم بعض أشكال التعارض بينها، وعلى الأخص إذا صدرت هذه الوثائق فى أزمان مختلفة تتباين ظروفها، وكان لها من تعددها واتساع آفاقها، ما ينافى تلاقيها فيما بينها. لاسيما وأن الآراء الفلسفية التى أوحتها، كثيرا ما تتنافر، فلا تصدر هذه الوثائق عن مفاهيم موحدة تجمعها، وتتحدد معانيها على ضوئها.

وقد يحيل الدستور القائم إلى هذه الوثائق كلها، بنص صريح فيه، كافلا بذلك تساويها فيما بينها.

([1]) فما تنص عليه ديباجة الدستور القائم فى مصر من أن شعب مصر العظيم يحمل إلى جانب أمانة التاريخ، أهدافا عظيمة للحاضر والمستقبل بذورها النضال العظيم والشاق؛ لا يبلور -مع وضوح هذه العبارة- قاعدة قانونية يمكن استخلاصها منها. ولا كذلك ما جاء فى هذه الديباجة من أن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت. ذلك أن مفاد هذه العبارة، أن سيادة القانون هى التى تضمن الحرية الفردية، وأن السلطة لا تعتبر امتيازا لصاحبها يقبض عليها بالقوة، وإنما يمارسها وفق القانون.

وقد يصدر فى شأن حقوق الإنسان وحرياته، إعلان أو أكثر يكون منفصلاً عن الدستور؛ موغلاً فى القدم؛ أو حديثا، مواكبا لحقائق العصر أو متخلفا عنها.

وقد تتعارض الوثائق الدستورية فيما بينها بالنظر إلى اختلافها فى الأفكار الفلسفية التى وجهتها. ذلك أن حقوق الأفراد وحرياتهم لا تجمعها دوما نظرة واحدة، ولا تخالطها الأفكار عينها، بل لكل منها وجهتها.

فمن وثائق إعلان الحقوق، ما يتعامل مع حرية التعبير وحرية الابتداع وحرية التنقل، باعتبارها مقررة أصلا لمصلحة ذويها، فلا يتدخل المشرع لتنظيمها إلا فى أضيق الحدود، سواء لضمان انتفاع أصحابها بها بطريقة أفضل، ولحماية استقلالهم فيما يقررونه بشأنها؛ أو ليوفق بين مباشرتها من جهة، ووجود الجماعة التى يعايشونها من جهة ثانية.

وقد تنظر بعض الوثائق الدستورية إلى الحق فى الصحة والحق فى التعليم والحق التضامن من زاوية اجتماعية، فلا تكفلها الدولة لمصلحة الفرد وحده استقلالا عن غيره، وإنما تضمنها لمصلحة مجموع من الأفراد يشكلون مجتمعها([1]).

ولا زال التعارض بين الوثائق فيما بينها، وكذلك فيما بين أجزاء الوثيقة الواحدة، حقيقة واقعة لا مجال لإنكارها.

فالدستور الفرنسى لا يتضمن بين نصوصه، مبدأ السير المطرد للمرافق العامة بما يكفل انتظامها. وإنما يستند هذا المبدأ، إلى القواعد الرئيسية التى أقرتها القوانين المعمول بها فى الجمهورية، والتى تشكل جزءا من رزمة الدستورية التى يَحتَكِم إليها المجلس الدستورى الفرنسى عند الفصل فى دستورية القوانين قبل إصدارها.

([1]) فإعلان الحقوق الفرنسى لعام ١٧٨٩ يكشف عن طبيعته الفردية مؤسسا ديموقراطية سياسية، تديرها الدولة فى أضيق الحدود. ولا كذلك ديباجة دستور ١٩٦٤ التى تبلور الطبيعة الجماعية لحقوق الأفراد وحرياتهم، وتقيم من خلال النصوص التى تنظمها، ديموقراطية اشتراكية توجهها الدولة.

Domonique Rousseau, Droit du contentieux contitutionel, 4e edition, p.108.

ومن المحقق، فإن مبدأ السير المطرد للمرافق العامة، ينافيه انقطاع العمال عن العمل من خلال إضرابهم. كذلك فإن لكل من الحرية الفردية والحق فى التنقل قيمة دستورية قد يقيدها –وإلى حد كبير– ما تراه الدولة ضروريا من التدابير لتحقيق أغراض تتصل بالخير العام.

وبالمثل، فإن مبدأ الحرية الشخصية فى تحديد الأجر، يناقض حق النقابة وحريتها فى العمل من أجل صالح العمال المنضمين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل، ومن بينها الأجر الملائم.

٥٦– ولئن جاز القول بأن التوفيق بين نصوص الوثيقة الوحدة، قد يزيل بعض مظاهر تناقض أحكامها، إلا أن صوراً أخرى من التعارض فى ذات الوثيقة، قد تستعصى على التوفيق كحق الدولة فى احتكار بعض وسائل الأعلام باعتباره نقيض التعددية.

ويظل لجهة الرقابة على الشرعية الدستورية دورا فاعلاً وعريضا فى سعيها للمواءمة بين الوثائق الدستورية التى تتخذها مرجعا لها، عند الفصل فى دستورية النصوص القانونية.

ويزداد دورها أهمية فيما غمض من نصوص هذه الوثائق، وضرورة تجليتها من خلال نظرة شاملة تحيط بها فى مجموع أحكامها، على أن تستخلص جهة الرقابة على الدستورية، من هذه الوثائق، القواعد الدستورية بطبيعتها –ولو لم تكن متفرعة عن أصل ينتجها– ثم ترصد أغراضها النهائية، لتقيم بنيانها بصورة أكثر تماسكا.

والأولوية التى يعطيها نفر من الفقهاء لبعض الوثائق الدستورية، أو تفضيلهم بعضها على بعض فى مجال موازنتهم بينها، لا تحسم ما يدعونه من تدرج هذه الوثائق من جهة ترتيبها فيما بينها، ولا تزيد عن وجهة نظر شخصية يقولون بها([1]).

([1]) يقول Franc,ois Goguel وهو عضو قديم فى المجلس الدستورى الفرنسى –بأن المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى تتطلبها بوجه خاص أوضاع العصر، والتى تشير إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ لا تحوز ذات القيمة الدستورية التى تتمتع بها الحقوق المنصوص عليها فى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩. ذلك أن هذه الحقوق مطلقة فى طبيعتها، وترتبط بالإنسان بوصفه كائنا بشريا، بغض النظر عن زمن ومكان وجوده. أما المبادئ المشار إليها فى ديباجة دستور ١٩٤٦، فإنها تتمحض عن حقوق نسبية، وترتبط بمجتمع محدد قائم فى لحظة زمنية معينة.

François Goguel, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, in Cours constitutionelles européennes et droits fondameutanx, Economica, 1982,p.236.

رابعا: صدور الوثائق القانونية الدستورية في أزمنة مختلفة لا ينفي تضامها

٥٧- فالوثائق الدستورية تتضامم مع بعضها، وليس لإحداها مركز قانونى خاص بها يقدمـــها على غيرها. بل يكون تساويها هو الأصل الذى يحكمها، وعلى الأخص إذا أقرتها -فى مجموعـــها- جهة واحدة؛ وكان تأسيسها لها قد تم وفق قواعد موحدة التزمتها.

بما مؤداه أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها، لا يقدم بعضها على بعض، ولا يحـــول دون تجانسها فى عموم توجهاتها وتطبيقاتها، ولا يمنع من العمل على التوفيق بين أجزائها من خلال تفعيل الوحدة العضوية التى تجمعها.

خامسا: تنوع الوثائق الدستورية لا يجعل أقدمها منسوخا بألحقها

٥٨- على أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها فى البلد الواحد، لا يجوز أن يفســر علــى أن أقدمها صار منسوخا بألحقها بقدر ما بينهما من تعارض، La regle lex posterior ذلك أن صدور هذه الوثائق فى أزمان مختلفة، لا يفيد أن القديم منها يبلور أفكارا بالية عتيقة لها من قدمـــها مـــا يســوغ تجاوزها، وإبدال غيرها بها، ولا يجعل كذلك للوثائق القديمة أهمية محدودة فى علاقتـــها بالوثـــائق اللاحقة عليها. ويظل هذا النظر صحيحا ولو كانت الوثائق الألحـــق، أكـثر اقترابـــا -مـــن جهـــة مضمونها- من حقائق العصر، لتكون لها عندئذ -وفق ما يراه البعض- القيمة الدســـتورية الكاملـــة Pleine Valeur Constitutionnelle التى لا تتوازن معها الوثائق القديمة، بل تكون دونها. وهو أمـــر منتقد، ذلك أن إعطاء بعض الوثائق الدستورية قيمة دستورية كاملة، مـــؤداه -وبمفـــهوم المخالفـــة A contrario- أن سواها أقل قيمة منها، وهو ما يفيد علو بعض الوثائق على بعض، وتدرجها فيمـــا بينها، وهو نظر غير صحيح لأمرين:

أولهما: أن دستور الدولة قد يدمج فى ديباجته، كل الوثائق السابقة على إقراره، أيا كان تـــاريخ اعتماد كل منها. فلا يكون لتعاقبها فى الزمان من أثر على قيمتها الدستورية، بل تتعاون هذه الوثـــائق جميعها فيما بينها، لتقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية الحلول الملائمـــة للفصـــل فـــى المســـائل الدستورية المعروضة عليها.

ثانيهما: أن تعاون هذه الوثائق على النحو المتقدم، مؤداه تكاملها فيما بينها، فلا يكون بعضـــها لبعض إلا ظهيراً، خاصة وأن اتصال بعض الوثائق الدستورية بحقائق نلمسها اليوم فى الحيـــاة، ولئن

جعلها من زاوية واقعية أكثر اقترابا من المفاهيم المعاصرة؛ إلا أنه من ناحية قانونية، ليس ثمة قاعدة دستورية تعتبر أكثر دستورية Plus costitutionnel من قاعدة أخرى تماثلها فى طبيعتها وخصائصها.

ولا بالتالى يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تفاضل بينـــها، إلا بقـــدر انتقـــاء القـــاعدة الدستورية التى تراها أكثر اتصالا بالنزاع المعروض عليها. فلا تكون قراءتها للوثائق الدستورية فـــى مجموعها، تغليبا لبعض قواعدها على بعض. بل بقصد اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المعنية.

٥٩- غير أن بعض الفقهاء يقيم تمييزا بين الوثائق الدستورية -لا من جهة علاقتها ببعضها- بل من زاوية الحقوق التى تكفلها كلا منها. ذلك أنهم يقولون إن لبعض الحقوق التى ضمنتـــها هـــذه الوثائق، درجة من الحماية أكثر من غيرها.

وهى بعد حماية تتحدد على ضوء مضمون الحق، ودوره فى الجماعة مـــن جهـــة تطويرهـــا وتعميق مقوماتها.

بيد أن وجهة النظر هذه يدحضها أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم لا يتفقون فيما بينهم علـــى قائمـــة الحقوق التى يدعون تمتعها بحماية دستورية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية وحريـــة التعبير وحرية العقيدة وحرية الصحافة، على سواها(١).

ويظاهر آخرون من بينهم، الحرية الفردية وحرية العقيدة وحريـــة الاجتمـــاع والحـــق فـــى التعليم(٢).

وينحاز نفر منهم إلى مجموع الحقوق الطبيعية التى لا تتقادم، والمقررة لكل فـــرد باعتبـــاره إنسانا، ويندرج تحتها الحق فى الحرية، وفى الملكية، والأمن، ومقاومة أشكال الاضطـــهاد علـــى تباينها(٣).

واختلافهم المتقدم فى شأن أنواع الحقوق الأكثر أهمية مـــن غيرهـــا، والأجـــدر بالحمايـــة الدستورية من سواها، يحمل وجهة نظر شخصية تقوض الضوابط الموضوعية للنظرية التى يقولـــون

---

(1) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. E.D.C.E. 1988,p.181.

(2) Louis Favoreu, les libértés protégés par le conseil constitutionel, in conseil constitutionnel, court europeenne des droit de l'homme.1990,p.33.

(3) Dpmonique Turpin, Contentieux constitutionnel. P.U.F 1986, p.86.

بها، والتي لا تقرر فقط أن لبعض الحقوق أولوية أولى Premier rang وأن لغيرها مرتبة ثانويةSecond rang، ولكنها تنال كذلك من صحيح العلاقة بين الوثائق الدستورية بعضها البعض.

ذلك أن تركيز المدافعين عن هذه النظرية، على قوائم الحقوق التى تتضمنها الوثائق الدستورية، والتى يرونها أكثر أهمية من غيرها، يقدم مآلا بعض هذه الوثائق على سواها. وليس ذلك إلا ترتيبا يقوم على تدرج تلك الوثائق فيما بينها.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تحتكم أحيانا إلى بعض الحقوق التى تتضمنها هذه الوثائق دون غيرها، فذلك بوصفها مدعوة إلى الفصل فى نزاع معروض عليها يقتضيها أن تجيل بصرها فى جوانبه المختلفة لتحمل حكمها على أكثر الحقوق اتفاقا مع طبيعته.

فلا يكون خوضها فى نوع من الحقوق دون آخر، تفضيلا لبعضها على بعض، أو لترتيبها فيما بينها، وإنما هو اختيار منها للقاعدة القانونية الأقرب اتصالا بالمسائل المطروحة عليها.

وقد تركز جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها على مبدأ معين -لا من مفهوم التدرج بين القواعد القانونية- ولكن بوصفه ضمانة مبدئية لتعميق الديموقراطية وبناء أسسها.

وصح بالتالى القول بأنه بغير التعددية لا تستقيم حرية الصحافة، ولا غيرها من وسائل الإعلام والاتصال، ولن يكون دورها فاعلا فى مجال تطوير مجتمعها وتعميق ثقافته.

ومن ثم تكون لهذه التعددية La pluralisme قيمة دستورية مطلقة تقتضى حماية أكبر-لا بالنظر إليها في ذاتها- وإنما بوصفها أحد شروط الديموقراطية ودعائمها Le fondement de la democratie.

الكتاب الأول
الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية

الباب الأول
الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

الفصل الأول
الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها

٦٠- لا شبهة فى أن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها التى تقتضى أن تتقيد الجهة التى تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعها فى هذه الرقابة، تعليها على القانون، وتفصل على ضوئها فى دستوريته.

ومفترضها أن تقابل جهة الرقابة على الدستورية بين قاعدتين قانونيتين لا تتحدان فى مرتبتيهما، لترجح إحداهما على ما دونها، بما يكفل السيادة للدستور، ويفرض قواعده على ما سواها من النصوص القانونية -لا لتصحيحها- وإنما من خلال إبطال ما يكون مخالفا منها للدستور. وهو إبطال يقتضى أن تتخذ السلطة التشريعية من جانبها ما تراه من التدابير الملائمة التى تزيل بها الآثار التى رتبتها النصوص الباطلة فى شأن من أضيروا من جراء تطبيقها عليهم.

٦١- على أن نصوص الدستور لا تعتبر فى بعض الدول، مرجعا وحيداً للرقابة القضائية على الدستورية. بل تقوم إلى جانبها ديباجته- لا فى مجمل عباراتها الجلية منها أو الغامضة- بل فيما يكون من معانيها، واشيا بالقاعدة الدستورية التى يمكن استخلاصها منها.

فإذا كانت ديباجة الدستور حتى فى ألفاظها الصريحة، وعباراتها القاطعة، لا تنتج قاعدة دستورية فى طبيعتها، وكان توليدها منها متعذراً؛ فإن ديباجة الدستور تفقد قيمتها الدستورية بالنسبة إلى أجزائها المرسلة، وعباراتها الإنشائية. ولا يجوز بالتالى اعتبارها مرجعا فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد يقصر الدستور وديباجته، عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التى تطرح على جهة الرقابة على الدستورية.

وقد تخرج النصوص القانونية المطعون عليها عن كل علاقة منطقية تسوغها، فلا يكون نبوها عن حقائق العدل واهياً، بل ظاهراً باترا.

وفى هذه الفروض وما يشابهها، لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تُعْمِل نظرها فى مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديباجته، مستوحية منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ كأن تنظر فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التى لا يمكن النزول عنها، أو تجزئتها، أو التصالح عليها؛ أو بالرجوع إلى القانون المقارن؛ أو إلى القيم التى أنبتتها الجماعة ومنحتها لنفسها The given values of the society؛ أو إلى المقاييس المعاصرة التى اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها؛ أو إلى مصادمة النصوص المطعون عليها للعقل الجمعى وخروجها بالتالى عما يعتبر لائقا؛ أو إلى قيم الحق والعدل التى لا يجوز تحريفها؛ أو إلى القيم الغائرة فى وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التى يصرون عليها لضمان أنماط أفضل من حياتهم؛ أو إلى الحقائق التاريخية التى أدركوها؛ وكان دورها مؤثرا فى بنيان الدستور؛ أو إلى دلالة السوابق القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتشترك فى اللغة التى يتحدثون بها؛ أو إلى ما يعتبر حقا وإنصافا لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التى ينبغى اتباعها.

٦٢- على أن تلك المفاهيم جميعها، تظل اجتهادا قضائيا يتردد بين الانطلاق والتراجع، بين يقظة الضمير وتهاويه، بين قوة الجهة القضائية التى تباشر الرقابة القضائية على الدستورية أو تفككها وتضاؤل دورها، بين إرادة تطوير الدستور ومحاذير الخروج عليه، ولو بطريق غير مباشر.

ولم يكن لهذا الاجتهاد -وعلى ضوء طبائع الأشياء- أن يقيم دعائم ثابتة تشتق منها، أو ترد إليها، معايير الرقابة على الدستورية، وتتحدد على ضوئها مرجعيتها.

وزاد من دقة الأمر، أن كثيرا من المسائل الدستورية تتكون من عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور الموجزة فى جملها، الغامضة فى بعض معانيها، القاصرة فى تفصيلاتها، لا تصلح لمواجهتها.

ولم يكن هذا القصور بالتالى، مبلورا مجرد أوضاع نظرية، بل حقائق عملية يتعين مقابلتها بالحلول التى تلائمها.

وكان قصور المعايير التى تعتمد عليها جهة الرقابة على الدستورية فى مباشـرتها لولايتـها، حافزا لجهات الرقابة –أو على الأقل لبعضها– إلى ابتداع معايير مختلفة تتسم بتنوعها وباتسـاعها، لتقيم من مجموعها ضوابط متكاملة للشرعية الدستورية، لا تقتصـر معاييرهـا، علـى الدسـتور وديباجته، ولكنها تتعداها إلى وثائق تقوم إلى جانبها وتتكامل معها، مكونة من مجموعها كـلا غـير منقسم.

ولم يكن إسباغ الصفة الدستورية على هذه الوثائق اجتهادا فقهيا أو قضائيا، بل ترديـدا لحكـم الدستور ذاته بعد أن أضافها فى ديباجته، إلى النصوص التى تضمنها.

ومن ثم تكون مرجعيتها فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية، عائدة إلى الدستور، إذ هـو الذى أضفى عليها قيمتها الدستورية؛ وجعلها موازية فى قوتها للقواعد الواردة فيه؛ وعصمها عن كل جدل يثير شكوكا حولها، بأن جعلها جزءاً لا يتجزأ من أحكامه.

والرجوع إلى الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨، خير دليل على ما تقدم، ذلك أن ديباجته زاخـرة بنصوص قانونية أدمجتها فى الدستور بوصفها من مكوناته؛ ومن بينها إعلان الحقوق لعـام ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦.

فقد عُرِضَ هذا الإعلان وتلك الديباجة، مع دستور عام ١٩٥٨ وديباجته، فقبلتـها الجمـاهير جميعها، بمبادئها وقيمها ونصوصها، مبلورة من خلال إدماجها فى الدستور، تساويها مع نصوصـه. فلم يعد طريق الاعتماد على الوثائق المدمجة فى الدستور منغلقا، بل مفتوحا أمام المجلس الدسـتورى الفرنسى، ومتجددا، يحيل إليها كلما حزبه أمر.

وكان منطقيا بالتالى أن يؤكد هذا المجلس القيمة الدستورية لكل من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، ولديباجة ١٩٤٦، وكذلك لكافة النصوص التى تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨.

وعلى هذا النحو، تكون للدستورية رزمة تشكل الوثائق السابقة على دسـتور ١٩٥٨ –والتـى تحيل إليها ديباجته– جانبا من مفرداتها.

بل إنه فضلا عن هذه الوثائق، فإن لرزمة الدستورية أو كتلتها، عناصر أخرى يندرج تحتها:

* المبادئ الرئيسية التى أقرتها القوانيـــن المعمــول بـــها فـــى الجمهوريـــة Les principes fondamentaux reconnus par les lois de le Republic، والتى يندرج تحتها: حرية تكوين الجمعيات دون تدخل سابق من أية سلطة(١)؛ وحـــرية التعليم(٢)؛ والحـــرية الفرديـــة(٣)؛ وصـــون حقـــوق الدفاع(٤)؛ واستقلال أعضاء هيئة التدريس الجامعى(٥)؛ واختصاص جهة القضاء الإدارى بالفصل فى سوء استعمال السلطة الإدارية(٦)؛ فضلا عن اختصاص السلطة القضائية بالفصل فى المسائل المتعلقة بحماية الملكية العقارية(٧).

ولا شبهة فى أن عبارة "القوانين المعمول بها فى الجمهورية" تفيد بالضرورة استبعاد القوانيـــن التى كانت سارية فى العهود الملكية أو الإمبراطورية، ولو كان لها روح النظم الجمهوريـــة L'esprit Republicain.

ويتعين عند بعض الفقهاء، أن تكون قوانين الجمهورية التى تحيل إليها ديباجة دســـتور ١٩٤٦ سابقة فى صدورها على نفاذ هذه الديباجة(٨)، وهى نتيجة ينازع فيها فقهاء آخرون، على تقديـــر أن إسباغ القيمة الدستورية على مبادئ تضمنها قانون ما، منقطع الصلة بما إذا كان هذا القانون قد صدر قبل أو بعد عام ١٩٤٦، وإنما تستخلص جهة الرقابة على الدستورية هذه القيمة من مضمون القـــاعدة التى تضمنها القانون، فلا تتمتع بالقيمة الدستورية، إلا لأنها تستحق وصفها باعتبارها كذلك(٩).

وفى إطار ما تقدم، رفض المجلس الدستورى الفرنسى أن يعتد بواقعة ميلاد الشخص فى فرنسا بوصفها، منشئة بذاتها –وبصفة آلية– للحق فى الجنسية الفرنسية، ولم يعتبرها بالتالى مبدأ جوهريـــا أقرته القوانين المعمول بها فى الجمهورية. ذلك أن هذه الجنسية لا يجوز منحها إلا لشخص ولد فـــى فرنسا من أجنبى، وكان أبوه كذلك قد ولد فيها.

---

(1) C.C.71-44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p.29.
(2) C.C. 77-87 D.C.,23 Nov.1977,R.p.42.
(3) C.C.76-75 D.C., 12 Janv. 1977, R.p.33.
(4) C.C.76-70 D.C.,Dec.1976, R.p.39.
(5) C.C. 83-168 D.C., 20 Janv. 1984,R.p.30
(6) C.C.86-224 D.C.,23Janv. 1987,R.p.8.
(7) C.C. 89-256 D.C.,25 Juil. 1989.R.p.53.
(8) Francois luchaire, le conseil constitutionmel, Economica, 1980, p. 182.
(9) Domonique Rousseau, chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 R.D.P.1993,p.12.

• وتدخل كذلك فى رزمة الدستورية، المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بوجه خاص لمواجهة حقائق العصر. وقد عددتها ديباجة دستور ١٩٤٦ التى يحيل دستور ١٩٥٨ إليها، ويندرج تحتها مبدأ المساواة بين الجنسين[١]؛ والحق فى الملجأ أو حق اللجوء السياسى Le droit d'asile[٢]؛ والحق فى الحصول على عمل[٣]؛ والحرية النقابية[٤]؛ وحق الإضراب[٥]؛ والحق الجماعى للعمال فى تقرير شروط العمل وإدارة مشروعاتهم[٦]؛ والملكية الجماعية للمرافق العامة الوطنية وللاحتكارات الفعلية أو الواقعية[٧]؛ ومبدأ تنظيم التعليم العام المجانى والعلمانى[٨]؛ ومبدأ احترام قواعد القانون العام وقواعد القانون الدولى؛ وعدم جواز استعمال القوة ضد حرية أمم أخرى[٩]؛ ومبدأ جواز تقييد السيادة -بشرط التبادل- فى مجال تنظيم الدفاع عن السلم[١٠].

وحاصل ما تقدم أن كل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى تؤكد حقائق العصر ضرورتها، لها قيمة دستورية تفرض نفسها على المشرع، وإلا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تصوبه إذا تجاهلها.

٦٣- والمبادئ المتقدمة جميعها ترتد فى أصولها إلى النصوص التى تضمنها دستور ١٩٥٨، وإلى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦.

وفيما وراء هذه النصوص، واستقلالا عنها، يقرر المجلس الدستورى الفرنسى، أن من بين معاييره وأدواته فى مجال الرقابة على الدستورية، مبادئ ذات قيمة دستورية بالنظر إلى غاياتها Objectives de valeurs constitutionnelle كاحترام حقوق الآخرين وكصون النظام العام أو على ضوء مقتضياتها Exigence constitutionnelle، كالحد من تركيز الصحافة فى يد واحدة بقصد ضمان التعددية، وكحق المتضررين من ظروفهم الخاصة، فى الحصول على مكان يأويهم.

---

(1) C.C. 30 decembre 1981,R.p.41.
(2) C.C.9 Janvier 1980, R.p.29.
(3) C.C. 28 mai 1983, R.p.41.
(4) C.C. 15 Janvier 1975, R.p,19.
(5) C.C. 23 novembre 1977,R.p.42
(6) C.C. 30 decembre 1975, R.p.26
(7) C.C. 30 decembre 1976, R.p. 15.
(8) C.C. 25 Juilliet 1989, R.p. 59.
(9) C.C. 27 Juilliet 1982, R.p. 48.
(10) C.C. 90-274 D.C., 22 Mai 1990, R.p. 61.

٦٤- تلك هى رزمة الدستورية التى يحتكم إليها المجلس الدستورى الفرنسى فى مجال تقييم دستورية القوانين، وهى بتنوعها تطرق أبوابا عريضة فى اتساعها، تنفذ من خلالها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لتقييم النصوص المطعون عليها من جهة صحتها أو بطلانها.

فلا تكون أبعاد هذه الرقابة منحصرة فى حدود ضيقة، ولا قاصرة عن مواجهة مسائل دستورية معقدة عناصرها، أو مختلفة مضامينها؛ ولا عاجزة عن الفصل فى دستورية نصوص قانونية تتعدد صور العوار التى خالطتها.

وإنما تحيط هذه الرقابة بالمسائل الدستورية فى أعمق مشكلاتها، فلا تنحصر آفاقها، وإن تعين ملاحظة ما يأتى:

أولا: أنه فيما وراء نصوص الدستور، والنصوص التى يحيل إليها، فإن أدوات الرقابة القضائية التى يباشرها المجلس الدستورى الفرنسى، تظل بيده، يشكلها وفق اجتهاده، فلا تكون أسسها ثابتة مفاهيمها، ولا طرائقها محددة ملامحها سلفا.

ثانيا: أن القوانين العضوية Les lois Organiques لا تدخل فى نطاق رزمة الدستورية بالرغم من أهمية موضوعاتها، وخضوعها فى مجال إعدادها وإقرارها لتنظيم إجرائى خاص بها، واستقرار قواعدها وثباتها فى علاقتها بالقوانين العادية.

ثالثا: ولا تدخل فى رزمة الدستورية كذلك أية معاهدة أو اتفاقية دولية تكون الدولة طرفا فيها، ولو كان لها طبيعة إنسانية، بالرغم من علو المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على القوانين العادية، فلا يجوز لهذه القوانين أن تعارضها.

الفصل الثانى

الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

٦٥- للرقابة القضائية على دستورية القوانين جزاؤها ممثلا فى إبطال الجهة التى تباشرها، مظاهر خروج السلطة على الدستور أو إخلالها بالقيم التى يحتضنها.

وتوفق هذه الرقابة بين القيم المتنازعة، والمصالح المتضاربة من خلال أحكام قضائية لا تتناول الدستور باعتباره مجرد وثيقة قانونية، ولكنها تتعامل مع نصوصه بوصفها خليطا من السياسة والقانون، وتنقلها من مفاهيمها النظرية، إلى حقائق واقعية تتنفسها الجماعة وتعايشها، وتوفق أوضاعها معها، خاصة وأن نصوص الدستور لا يجوز النظر إليها دون فهم للحياة السياسية التى توجهها، وتشكل ملامحها مراكز القوة المحيطة بها.

وإذا جاز القول بأن القضاة الذين يباشرون رقابتهم على النصوص القانونية، يختلفون فيما بينهم فى المثل التى يؤمنون بها، والأيدولوجية التى ينحازون إليها، وكذلك فى أوساطهم الاجتماعية، وتنوع ثقافتهم؛ إلا أن أحكامهم هى نتاج قراراتهم التى يتخذونها بصورة جماعية قدر الإمكان، أو يوفقون فيها قدر استطاعتهم، بين آراء بصيرة بواقعها الاجتماعى.

وهم كذلك ينظرون إلى نصوص الدستور بافتراض تماسكها وتلاحمها فى إطار وحدة عضوية لا انفصام لها، يرتبط فيها كل نص بعلاقة ما، مع غيره من النصوص التى لا يجوز تفسيرها بعيداً عن سياقها ومقاصدها، أو بما يناقض الحقائق التاريخية التى أنبتتها أو عاصرتها.

أولا: السوابق القضائية وتطوير الدستور

٦٦- ويظل تطوير القضاة للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى فى الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية.

ذلك أنه وإن صح القول بأن السوابق القضائية قد تعوق فى بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور؛ وأن بقاءها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تعميق الأضرار التى قارنتها؛ وكان ذلك يعتبر مدأ رجعيا للسوابق القضائية التى تفرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تغيير مضمونها؛ وإعناتا يتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صاغوا لهذه السوابق قوالبها؛ واستصحابا لآراء سابقة

أصر على تطبيقها قضاة فى أجيال لاحقة؛ ونكولا عن إعمال حكم العقل فى مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز أن تحول السوابق القضائية بضغوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة الذين تبنوها لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد مغلقا، وإلى الحق موصداً، مع تراضيهم على الإذعان لأصداء من الماضى البعيد لا يتحولون عنها، ولو كان بوسعهم أن يصدوها عن آذانهم؛ وإنكاراً لأصل لا نزاع فيه، هو أن ما كان صائبا فى زمن معين، قد يكون تراثا شائها فى فترة تالية؛ وكان ثابتا كذلك أن المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها وبزمنها، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها؛ وأنه حتى فى مجال عمل السلطة التشريعية، فإن البدائل التى تختارها اليوم، قد تتحول عنها فى الغد إذا كان العدول عنها، أكثر منطقية، وأدعى لضمان الحقوق التى تنظمها؛ إلا أن كل اعتراض على نظام السوابق القضائية، يتعين أن ينحصر فى التطبيق الآلى للسابقة القضائية.

وفيما وراء هذا التطبيق، يظل تعديل السوابق القضائية وتطويرها عملا قضائيا تبذل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جهد، وعلى الأخص كلما استطال الزمن بين صدور السابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية -بعد انهيار دعائمها- سواء فى الأصول التى تقوم عليها، أو فى مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز إغفالها، كيلا تظل السوابق القديمة على حالها، ولو كان خطؤها فادحا، أو تزمتها معبراً عن نظرة ضيقة لا تقيمها، أو نقضتها قيم جديدة تحتم العدول عنها.

ويتعين دوما تأكيد أن القضاة فى كل بلد، يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التى لا تبلور فى واقع الأمر غير خبراتهم الاجتماعية التى لا تصدق نتائجها دوما، وإن ظل تصحيحها وتقويم اعوجاجها، واجبا لا يجوز التفريط فيه([1]).

([1]) ففى عام ١٨٩٦ أيدت المحكمة العليا الأمريكية للولايات المتحدة فصل السود عن البيض فى المدارس العامة وذلك فى قضية Plessy V.Ferguson 16 U.S. 537 (1896)، مقررة أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزا يخل بتساويهم مع أبناء وطنهم فى الحقوق. بيد أن هذا المفهوم انقلب من النقيض إلى النقيض وذلك فى قضية Brown V. Board of Education, 349 U.S.294 (1955)، حيث قررت هذه المحكمة أن هذا الفصل فى ذاته -وحتى مع توافر الوسائل التعليمية عينها- يعد منافيا لآدمية السود، منهيا آمالهم فى حياة يكونون فيها أكثر ثقة بأنفسهم وانتماء إلى وطنهم، لأنه يشعرهم بأنهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يختلفون عنهم إلا فى لونهم، وأنهم بالتالى أقل منهم شأنا، وأدنى قدراً.

فضلا عن أنهم فى الأعم، يطورون نصوص الدستور بما يجعلها أكثر تناغما مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة آمال مواطنيها، قاصرة عن أن تحقق طموحاتهم، ضامرة شرايينها، فلا تتدفق إليها دماء جديدة Lui donner vie,la faire évoluer، تفرضها تفرضها رياح التغيير بما يحبط دورها الفاعل فى تشكيل مجتمعها، بل تبقى قابعة فى مكانها الأول، عصية عن أن تتحول إلى حقيقة حية A living reality، تؤسسها وتوحدها القيم المتواصلة فى عطائها، والتى لا يجوز أن تنعزل السوابق القضائية عنها، وإلا باعدت بينها وبين مواطنيها، بما يجعل التفاهم حولها مظهريا أو عقيما.

<u>ثانيا: تطوير نصوص الدستور فيما وراء السوابق القضائية</u>

٦٧- على أن بعض الفقهاء يرون أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هى فى مضمونها وأبعادها من عمل قضاة لا يلتزمون فى شأنها بغير خياراتهم الشخصية التى تتحكم فيها أولوياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك توجهاتهم الايدولوجية. فلا يكون موقفهم من نصوص الدستور، إلا تعبيرا عن آراء آمنوا بها، جاهدين من خلالها أن يحدثوا شكلا جديداً لأحكامه. يعيدون به بناءها من خلال آفاق يطرحونها، مع ادعائهم بأن إدراكها عند إقرار الدستور، كان خافيا على آبائه.

وهم بذلك يهيمنون على نصوص الدستور بما يخرجها عن مقاصدها، وكأن كلا منهم صانعها، ولو أقام هيكلها من جديد على أنقاض ثوابتها.

ولا يعدو تطوير الدستور على هذا النحو، إلا أن يكون دعوة مفتوحة لهدم قاعدة القانون ذاتها من خلال تحريفها، بما ينافى التزامهم الأصيل بتطبيقها، وعلى الأخص لأن القيم التى يحتضنها الدستور، ليس لها من ثباتها وموضوعيتها، ما يقيمها وعاء للشرعية الدستورية. بل إن غموضها واتساعها يجعلها أحياناً عبئا عليها.

كذلك، فإن ما يقول به المؤيدون لضرورة الفصل فى دستورية النصوص القانونية، على ضوء معايير تعلوها من بينها <<ما يكون لائقا ومنصفا فى مفاهيم الأمم المتحضرة>> أو<<متصلا برابطة وثقى بالقيم العليا للدول فى مجموعها>> أو <<مبصرا حقائق تاريخية أو ضوابط خلقية لا يجوز تجاهلها فى مجال تقييم النصوص القانونية المطعون عليها>> أو<<موافقا حقائق يمليها الضمير

الجمعى، أو معان غائرة فى أعماق تقاليد مجتمعها، فلا تصادمها>> مؤداه أن هذه المعايير هى من خلقهم، وأنها تتلون بميولهم فى منطقة الرقابة على الشرعية الدستورية، وهى منطقة التصادم المحتمل بين جهة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، والسلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى.

ثالثا: ضرورة تطوير الدستور حقيقة قائمة

٦٨- بيد أن الذين يعارضون تطوير الدستور، فاتهم أن أحكامه مهيأة بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متتابعة، وعبر أزمان مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التى تعاصرها.

فإذا لم تعرها التفاتا جهة الرقابة القضائية على الدستورية، كان قضاؤها خطوة متعثرة فى طرق وعرة، لا يصل منتهاها إلى الآفاق الجديدة التى تعايشها الجماعة، والتى يتعين توفيق نصوص الدستور معها، وعلى الأخص لأن تفسير هذه النصوص لا يجوز أن ينزلق إلى أغوار سياسية لها نقائصها وأوزارها التى ينبغى تجنبها.

يؤيد ذلك أن الأصل فى قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون، على ضوء نظرة متطورة، ليس تشهيا من جانبهم، وأن تقييم النصوص القانونية المطعون عليها، لا يجوز أن يقتصر على رصد مثالبها، بل عليهم أن يوجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغى عليها أن تتخذه من التدابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التى تعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور([1])، وبمراعاة أن مفاهيم الحق والعدل مع تموجها، لا يزال تطبيقها لازما وفق معايير بيئتها تصحيحا لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها([2]).

هذا فضلا عن أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن تقيدت بعناصر النزاع التى تنظرها، إلا أن عليها أن تحيط بالنصوص المطعون عليها من منظور يسعها فى كثير من تطبيقاتها Une large perspective.

وما نظر الذين صاغوا الدستور، إلى النصوص التى تضمنها، باعتبارها جامدة فى معانيها وتوجهاتها؛ وأنها فى كل تطبيقاتها صورة واحدة لا تتغير؛ وأن مفاهيمها لن تبدلها حقائق علمية لا

(1) Henry Brun Guy Tremplayn , <<Droit constitutionel>>. 2e edition,1990 p.206.

(2) Willson <<Decision -making in the Supreme Court >>,1986.36.U.T.L.J.227.

يجوز إغفالها، وعلى الأخص فى مجال حرمة الحياة الخاصة التى صار انتهاكها بالوسائل العلمية خطيراً وخفيا.

وإنما كان إقرارهم للدستور تعبيراً من جانبهم عن خطوة محدودة الأثر، تتمثل فى سعيهم لتحقيق آمال ارتبطوا بها، وتوكيدهم لقيم يرون صوابها، ويتخوفون من إجهاضها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضرورة تقييد السلطة وتداولها.

بيد أن نظرتهم هذه للدستور، ما كان لها أن تصوغ للحياة بكل أنماطها، ومع تطور صورها، وتعدد خبراتها، وتنوع قيمها، شكلا ثابتا يصبها فى هياكل لا تتبدل تكون معها مقامع من حديد.

وما كان لنصوص الدستور من جهة ثانية، أن تفصل أحكامها تفصيلا دقيقا يحيط بكل أجزائها، وإلا كان رصد تفصيلاتها هذه فى نصوص الدستور، مقتضيا توقعها ابتداء، ومؤديا انتهاء إلى انزلاق هذه النصوص إلى أخطاء كان ينبغى تجنبها؛ وإلى تماحيها أحيانا فيما تتعارض فيه. وهو ما يناقض ما تتوخاه الدساتير فى الأعم من الأحوال، من إيجاز يحيط بالعريض من المسائل التى تنظمها، وإجمال لا يغوص فى تفصيلاتها، كى تظل صامدة –من خلال مرونة تطبيقها– عبر أجيال عديدة تتنوع اهتماماتها واحتياجاتها، وتتباين مقاييسها فيما تراه ملائما لبناء مجتمعها.

كذلك فإن غموض نصوص الدستور فى بعض جوانبها، لا يحول دون تطويرها، ذلك أن إنبهامها يجعلها أدنى إلى التفسير المرن، من نصوصه القاطعة فى ألفاظها ومقاصدها.

ولا جرم فى أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تنتزع القيم التى ترجحها عند الفصل فى المسائل الدستورية. ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعها يقتضيها، ولو استنبطتها أحيانا من التنظيم المقارن، إذا كان شيوعها بين الأمم المتحضرة دالا على حيويتها وإنسانيتها، ودورها المتعاظم فى بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة.

هذا فضلا عن أن معايير هذه القيم، تؤكد مرونتها وإمكان تطبيقها على نحو يوازن بين ما تراه الجماعة ضروريا لضمان استقرار نظمها من جهة؛ وما يرتبط بتحقيق توقعاتها وإثرائها من ناحية ثانية.

ولا ينال من مشروعية الرقابة القضائية على الدستورية، وضرورة تطوير ملامحها، أن تركن الجهة التى تباشر هذه الرقابة، إلى مقاييس العقل الجمعى التى تحدد للجماعة من جهة ضوابط سلوكها؛ ولا تعارض -بطبيعتها- مفاهيم الحرية المنظمة التى تمثل من النظم السياسية قاعدتها من جهة ثانية.

كذلك فإن اعتماد الرقابة القضائية على الدستورية -فى بعض أحكامها- على الحقائق التاريخية، لا يعيبها. ذلك أن هذه الحقائق إما أن تكون جذورا لنصوص فى الدستور؛ وإما أن تكون من إرهاصاتها. وهى فى الحالتين متصلة بهذه النصوص، سواء عند صياغتها، أو الإيحاء بها.

والقول بأن لكل جماعة احتياجاتها المتنامية، وتطلعاتها المتجددة التى لا يتصور أن تبلغها إلا من خلال تعديل الدستور وفق القواعد الإجرائية التى ينص عليها، مردود؛ بأن تعديل الدستور عملية معقدة بطبيعتها تقوم على نوع من التوازن بين مراكز القوة السياسية والاقتصادية فى بلد ما، وضرورة النزول على الحقائق الاجتماعية التى تلابس التعديل المقترح.

ولئن صح القول بأن الجماعة قد تطور بنفسها أوضاعها، سواء من خلال تعديل الدستور، أو عن طريق دمج أعرافها الجديدة فى نظمها القائمة؛ إلا أن عملية التطوير هذه، تكون دائما وئيدة فى خطاها، وقاصرة كذلك عن مواجهة احتياجاتها بصورة متتابعة، لتظل الجهة الأفضل فى تطوير الدستور، هى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تقدم من خلال الخصومة القضائية، حلولا آنية لأوضاع معيبة طال زمنها، فلا تكون هذه الحلول إلا تصحيحا لها، وإنهاء للآثار القانونية المترتبة عليها.

ثانيهما: أن القضاة الذين يباشرون هذه الرقابة، يلزمون أنفسهم بالحدود المنطقية التى تدل على تحوطهم، فلا يندفعون فى مباشرة ولايتهم بما يجاوز حدود الاعتدال. وإنما يقيدونها بأنفسهم تقييدا ذاتيا Judicial Self- Restraint. وكثيرا ما يثبتون فى أحكامهم ما يعتبر تراثا حضاريا لأمتهم، مرتقيا بمكانتها.

كذلك فإن تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيرا ديناميكيا، يمنحها معان جديدة غير التى كانت عليها صورتها ابتداء، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الأوضاع

الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة فى الدول المحيطة بها، فلا يكون تقريبها لنصوص الدستور من هذه الأوضاع، إلا تعبيراً عن وجهها الصحيح Son vrai visage.

وكثيرا ما تكون قوة الدول الفيدرالية، عائدة إلى قضاة عظام أدركوا بفطنتهم وعمق ثقافتهم؛ أن تماسكها، وتحقيق التوازن بين وحداتها الإقليمية بما يكفل ترابطها؛ وانصهار مواطنيها فى إطار كيان يجمعهم ولا يفرقهم، مشروط بأن يظل دستور الاتحاد صامدا وحيا لأزمان مترامية. فلا يكون تطبيقه عبثا على وحداتها الإقليمية؛ ولا مقلصا من اختصاصاتها بصورة تدريجية ومطردة، ولا عابثا بذاتية كيانها؛ ولا مضيقا عليها فيما يدخل فى ولايتها، ولا محيطا باستقلالها بما يضعفها، وإلا صار خروجها من الاتحاد حلا وحيداً لمشكلاتها.

وقد تكون جهة الرقابة على الدستورية مواجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع فى حدتها. وعليها عندئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها آخذه فى اعتبارها ملامحها السياسية الضاغطة، وبمراعاة أن سلطتها فى مجال تطبيقها لنصوص الدستور، أعمق فى محتواها، وأبعد فى اتساعها، من سلطتها فى مجال تطبيق غير الدستور من فروع القانون، وعلى الأخص إذا كان أمر الرقابة على الشرعية الدستورية مركزا فيها، تقبض دون غيرها، وبيدها، على ضوابطها، وتقرر بنفسها مناهجها وأدواتها، فلا تظهر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية إلا بوصفها سلطة تأسيسية دائمة Une constituante permanente([1]) تعطى الدستور باطراد، معانى جديدة يتغير بها عن الصورة الأصلية التى أفرغ فيها([2]). وبما يجعلها حكما أعلى Arbitre Supreme فى مجال تفسير نصوصه([3]).

Une signification nouvelle que peut changer la portée originaire du texte constitutionnel.

([1]) E.S. Corwin, The constitution, and what it means today, Princeton University Press, 1978, p.5.

([2]) P.Gerin-Lajoie "Du pouvoir d'amendement constitutionnel du Canda", 29 R. du B.can.p.1136.

([3]) حلت المحكمة العليا الكندية -وفى إطار ولايتها الاستئنافية- محل اللجنة القضائية للمجلس الخاص، وصارت حكما نهائيا فى مجال تفسير الدستور.

ولئن كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه؛ وكذلك عن طريق العمل، وبوثائق إعـلان الحقوق؛ وبما يقرره المواطنون فى مؤتمراتهم الدستورية؛ إلا أن جهـة الرقابـة علـى الشـرعية الدستورية، هى التى تغير بصورة رئيسية -وعن طريق أحكامها- ملامح الدستور، فلا تتحفظ فـى مجال تفسيرها لقواعده، بل تعيد بناءها بقدر الضرورة التى تواجهها، وبما يصون للدولـة وحدتـها وتكامل إقليمها.

وقد لاحظ القاضى وارن Warren رئيس المحكمة العليا الأمريكية، أن تاريخ بلده لم تخطه فقط ميادين القتال، ولا القوانين الفيدرالية التى أقرها الكونجرس، ولا الجهود التى بذلها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك -وإلى حد كبير- قضاة المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامـهم منـهجا فريداً لتقدمها([1]).

وما يصدق على المحكمة العليا، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على المحكمة الدستورية العليـا فى مصر، التى تقرر فى أحكامها أن نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هائمـة فـى الفراغ؛ ولا التعامل مع القيم التى تحتضنها باعتبارها غير مرتبطة بواقعها الاجتماعى.

وإنما يتعين دوما أن تُحمل مقاصدها على ضوء أغراضها النهائية؛ وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية؛ وأنها فى حقيقتها لا تصد عن مجتمعها الآفـاق الرحبـة التـى يقتضيها تطويره.

ولا يجوز بالتالى أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلا نهائيا لأوضاع اقتصادية عفا الزمن عليها.

فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية سكرت أبصارها، إلا حرثـا فـى البحـر، وإغفالا لحقيقة أن نصوص الدستور لا يجوز عزلها عما يفترض فيها من اتسـاق مـع الأوضـاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفق بين مضمونها، والآفاق الجديدة التى ينبغى أن تبلغها([2]).

([1]) A.Tunc et S. Tunc, le systéme constitutionnel des Etats - Unies d'Amerique,Tome 2, Paris 1954,p.483.

([2]) راجع فى ذلك "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٢/١/٤- قاعدة رقـم ١٤ -ص ٨٩ المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضيـة رقـم ٧ لسـنة ١٦ قضائيـة "دسـتورية" -جلسـة أول فبراير١٩٩٧- القاعدة رقم ٦/٢٣ -ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

الفصل الثالث

بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها

٦٩- على أن تطوير نصوص الدستور من خلال موالاة النظر في معانيها على ضوء الأوضاع المتغيرة التى تقارن تطبيقها، لا يجوز أن يختلط بالأحوال التى تتخلى فيها هذه النصوص -وبالنظر إلى اكتفائها بأصول موضوعاتها أو كلياتها دون الإغراق فى تفصيلاتها- عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها. فلا يكون إغفالها لهذا التنظيم، غير فراغ يحيطها، مقتضيا بيان حكمها باعتبارها مسائل مسكوتا عنها.

ومواجهة هذا الفراغ، هى الصورة الثانية التى يتخذ فيها تطوير الدستور شكلا مغايرا. ذلك أن هذا التطوير؛ إما أن يتعلق بنصوص دستورية قائمة، مستهدفا تقريبها إلى حقائق العصر التى تعايشها [وقد سبق بيان هذه الصورة وإيضاح حكمها]؛ وإما أن يتعلق تطوير الدستور بمنطقة خلا من تنظيمها. وهذه هى الصورة الثانية التى نعرض لها الآن، وهى بعد صورة عريضة فى اتساعها، بالنظر إلى الفروض التى تشملها، وأهمها:

أ- أن أصول المسائل التى ينظمها الدستور، تمتد لفروعها وتسعها كذلك. فلا يجوز فصل الأصول عما يتصل بها من الفروع. فإذا أغفل الدستور بيان حكم هذه الفروع، تعين الرجوع إلى الأصل الذى يحكمها ليفئ عليها ليس فقط بالضمانة الدستورية المقررة للأصل، وإنما كذلك ليسبغ على فروعه جميعها، معانيها على تقدير أن هذه الفروع اشتقاق من أصلها، وأن الأصل هو الذى أنتجها.

ب- أن فروع بعض المسائل التى يتضمنها الدستور، لا يجوز فهمها بعيداً عن أصلها. ويتعين بالتالى ربط الفروع بأصولها حتى تستقيم معانيها وتتحدد الفكرة الكلية التى تجمعها.

ج- أن بعض قواعد الدستور، قد تكون واشية بحقوق غير التى كفلتها، فلا تكون هذه الحقوق الجديدة إلا من فيضها. وفى ذلك تطوير للدستور من خلال اتساع الدائرة التى ينبسط عليها.

وفيما يلى تفصيل ما تقدم:

المبحث الأول
أصل ترتد إليه الفروع التي يجمعها

٧٠- قد لا ينظم الدستور فروع بعض المسائل الدستورية، مكتفيا ببيان أصل القاعدة التي تجمعها.

ولأن ما يعتبر أصلا، يمثل من الفروع التي ينتجها، القاعدة الكلية التي تحيط بها فإن تخريج الفروع على هذا الأصل، يردها إلى إطاره. فلا تحظى هذه الفروع بأقل من الحماية ذاتها التي يقررها الدستور لأصلها، ولا تنعزل معانيها عن الأصل الجامع لها.

أ. فالحرية الشخصية التي كفلها الدستور ليس لها من نفسها، ما يعصمها من تنظيمها، تقديرا بأنها تتعثر من خلال انسيابها دون عائق، وأن القول بامتناع تقييدها، مؤداه تمردها على الحدود المنطقية لممارستها، وهو ما ترفضه المحكمة الدستورية العليا فيما قررته من أن ضمان الحرية، لا يعني غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك إن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة Arbitrary Restraints، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها([1]).

بيد أن هذه الحرية المعتبرة بنص الدستور من الحقوق الطبيعية، هي التي تتفرع عنها حرية التعاقد وتدخل ضمن مشمولاتها، وإليها تمتد ضماناتها. ذلك أن نطاق الحرية الشخصية لا يقتصر على ضرورة تأمينها ضد صور العدوان على البدن التي تتعدد أشكالها، وإنما تندرج تحتها إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل فرد على صعيد العقود التي يدخل فيها، أيا كان موضوعها([2]).

ب. ولأن الحرية الشخصية هي التي تحرك الحياة بكل مناحيها وطرائقها، فقد غدا منطقيا أن ترتد إليها كل الحقوق التي لا تكتمل هذه الحرية في غيبتها، ومن بينها حق الشخص في أن يتخذ

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

([2]) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٧٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ولذا، إذ هو فرع من الحق فى تكوين أسرة يظلها الدين والأخلاق، بما يرعى لهذه الأسـرة طابعـها الأصيل.

كذلك فإن الدخول فى أسرة ما، يفترض اختيار من ينضمون إليها وينصهرون فيها، متخذيـن منها محورا لحياتهم، وإطاراً لأعمق خواصها، وما ينبغى أن يسودها من مظاهر المودة والرحمة([1]).

ومن ثم كان مدخلها، الحق فى اختيار الزوج بإرادة حرة واعية، باعتباره الطريق إلى تكوينها. ولا يجوز بالتالى التدخل تشريعيا فى إطار العلائق الزوجية للحد من فرص الاختيار التى تنشئها، مـا لم يكن ذلك لمصلحة جوهرية لها ما يظاهرها([2]).

جـ. كذلك فإن الحق فى تكوين أسرة ترعى قيمها وطابعها الأصيل، لا ينفصل عن ضـرورة صونها <<على امتداد مراحل بقائها، بما لا يخل بوحدتها، أو يؤثر فى ترابطها أو يؤدى إلى تشتيتها، وتمزيق أوصالها>>.

وعن هذا الأصل، يتفرع حق كل من الزوجين فى الحصول على إجازة من عمله، كى يرافـق الزوج الآخر الذى أذن له بالسفر إلى الخارج، وطوال المدة التى يقضيها بعيداً عن بلده([3]).

د. وامتناع مجاوزة العقوبة لموازين اعتدالها، سواء من خلال قسوتها أو امتهانها قيما اجتماعية ثابتة، أو عن طريق توقيعها أكثر من مرة فى شأن الأفعال عينها، وكذلك حظر إيذاء الشخص مدنيـا أو معنويا، أو تعذيبه بأية صورة، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر، جميعـها

([1]) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن إرادة الاختيار ينبغى قصر مجال عملها على ما يكون مرتبطا بذاتية الإنسان فى دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية فى أدق توجهاتها -القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

([2]) ومن بين هذه المصالح الجوهرية، مراعاة التكافؤ الاجتماعى بين الزوجين، وضرورة توثيق عقد الزواج لـترتيب آثاره. أنظر فى العلاقة بين الحرية الشخصية وحق اختيار الزوج، قضاء المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ - قاعدة رقم ٣٨ ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السـادس من مجموعة أحكامها.

([3]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ ص ٢٩٧ وما بعدها من الجـزء السـابع. ولا يجوز بالتالى فرض قيود زمنية على المدة التى يرافق خلالها أحد الزوجين للآخر طول مدة وجود الزوج الآخـر فى الخارج. [أنظر فى ذلك القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" المحكوم فيـها بجلسـة ٢٠٠٣/٥/١١، وهو حكم لم ينشر بعد].

فروع للحرية الشخصية التى لا يجوز أن تنال منها صور من العدوان على البدن لا مبرر لـــها؛ ولا تقييدها بغير الوسائل القانونية التى يقتضيها الدستور أو المشرع([1]).

هـ- والنص فى الدستور على أن الجريمة وعقوبتها لا يجوز إحداثها إلا بناء على قانون، إنما يتوخى ضمان مشروعيتها، فلا يؤاخذ أحد بجريمة كان غير منذر بتجنبها، ولا بأفعال كــان إتيانــها سابقا على تأثيمها.

بيد أن الحرية الشخصية، وإن أخل بها القانون الجنائى الأسوأ وقعا على المتهم، فلا يكون هـذا القانون رجعيا؛ إلا أن هذا القانون يعمل به منذ صدوره كلما كــان تاليا لوقــوع الجريمـــة، وكــان أرفق بالمتهم من خلال العقوبة التى فرضها، سواء بالنظر إلى محتواهـــا أو أوصافــها أو مبلغــها Le contenu, les modalités et le quantum de peins بما يجعلها أقل بأسا فى مجال مقارنتها بقــانون قائم سابق عليها، وعلى تقدير أن وزن العقوبة إنما يتحدد على ضوء أثرها على مركز المتهم عنـــد تطبيقها عليه.

وتلك هى قاعدة القانون الأصلح للمتهم التى لا تعتبر استثناء من قاعدة حظر رجعية القوانيـــن الجنائية، ولكنها تحازيها وتوازنها. وكلتاهما فرع من الحرية الشخصية.

ذلك أن المفاضلة بين القوانين الجنائية الموضوعية De fond التى نقارنـــها ببعضـــها لتحديـد أصلحها للمتهم -وبافتراض اتساقها جميعا مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتـــها فيمـــا بينها فى عقوباتها- لا تتم إلا على ضوء ما يكون منها أصون للحرية الشخصية وأحفظ لجوهرهـــا، فلا نعتد إلا بما يكون من بينها كافلا إنهاء القيود عليها أو تخفيفها.

بما مؤداه ضرورة تطبيق قاعدة القانون الأصلح -ولو خلا قانون العقوبات منـــها- بوصفــها ضمانة دستورية لا يجوز التفريط بها، وهى بعد من نوع الضمانة التى كفلها الدســتور للحـــرية الشخصية([2]).

([1]) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/١/١٤ المجلد الأول من الجزء الخامس.

([2]) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧- ص ٤١١ وما بعدهـــا مـــن الجزء الثامن.

و- كذلك فإن حق الأشخاص جميعهم -سواء بأنفسهم أو عن طريق أوليائهم أو أوصيائهم في اختيار نوع وقدر التعليم، الأكثر اتفاقا مع ميولهم، واقترابا من مداركهم وملكاتهم، فرع من الحق في التعليم، وهو حق كفله الدستور أصله، باعتباره نبض الحياة وقوامها على ما قررته المحكمة الدستورية العليا في عديد من أحكامها ([1]).

ز- والحق في النفاذ إلى المعاهد التعليمية، بمراعاة الشروط الموضوعية للقبول بها، يعتبر مشتملا بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلاتها وخدماتها بقدر اتصالها بالعملية التعليمية في ذاتها، وضمانها تكامل عناصرها.

ذلك أن الاعتبار الأظهر في المعاهد التعليمية، وإن كان عائدا أصلا إلى خصائص مناهجها أو مستوياتها، وكفاءة الهيئة التي تقوم بتدريسها، وقدرتها على التأثير في طلبتها وجذبهم إليها؛ إلا أن الانتفاع بمرافق هذه المعاهد وخدماتها وتسهيلاتها، لا يقل شأنا عن دور مناهجها وطرق تدريسها في النهوض برسالتها، واستثارة اهتمام طلبتها ووعيهم.

ولا يعدو هذا الانتفاع بالتالي، أن يكون ضرورة يقتضيها الحق في التعليم، وتتطلبها الشروط التي يكون التعليم في كنفها أكثر ثراء وحيوية([2]).

ح- وحق العامل في الانضمام إلى المنظمة النقابية التي يطمئن إليها؛ واختيار واحدة أو أكثر من بينها حال تعددها ليكون عضوا فيها؛ وإعراضه عنها جميعها، فلا يلج أيا من أبوابها؛ فضلا عن الحق في إنهاء عضويته في نقابة مقيد بها؛ جميعها فرع من الحرية النقابية التي أرستها النظم الديموقراطية في اتجاهها إلى تعميق قاعدتها.

ذلك إن الديموقراطية النقابية التي كفلها، وأقام صرحها نص المادة ٥٦ من الدستور، هي التي تطرح بمقاييسها ووسائلها وتوجهاتها، نطاقا للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية، ويبلور إرادتها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود؛ ولأنها تعتبر مفترضا أوليا لوجود حركة نقابية تستقل بذاتيتها ومناحي نشاطها؛ وبها يكون العمل النقابي إسهاما جماعيا لا يتمحض عن انتقاء حلول بذاتها

([1]) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٩/٢- ص ١٩٤ وما بعدها من الجزء السابع.

([2]) الحكم السابق.

تستقل بتقديرها، وتعمل من أجل فرضها أقلية أيا كان صخبها أو عدوانيتها، فلا تكون وصايتها على خصومها أمراً مقبولا([1]).

ط. وضمان الدستور بنص المادة ٤٧، لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من تلقيها وعرضها ونشرها، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها وتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التى لا يتم الحوار المفتوح إلا فى نطاقها.

وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها وصور وجودها؛ وبها يكون الأفراد أحرارا لا يتهيبون موقفا، ولا يترددون وجلا، ولا يعتصمون بغير الحق طريقا.

وعنها يتفرع الحق فى انفتاح قنواتها عبر الحدود الإقليمية للدول على اختلافها؛ وكذلك الحق فى ألا يكون الحوار إصماتا مفروضا بقوة القانون؛ وألا يكون التزاحم على مقاعد المجلس النيابية واقعا فى دائرة محدودة آفاقها، تتضاءل معها فرص الاختيار بين المرشحين؛ وألا يكون الحق فى انتقاد القائمين بالعمل العام محاطا بأغلال غاياتها إخفاء أخطائهم أو طمسها وسد الطريق إلى تعريتها.

بل إن حرية التعبير يقوضها أن ينغلق الطريق إلى الإبداع فى العلوم والفنون، فلا تنفتح أبوابها على مصارعيها([2]).

ى- كذلك فإن حق المواطنين فى الحصول من الدولة، على الوسائل الملائمة التى تعينهم على معاشهم Droit à des moyens convenables d'existence، فرع من الحق فى الحياة.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤١ - ص ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٣٢- ص ٤٤٠ وما بعدها من الجزء السادس. ويلاحظ أن الدستور كفل بنص المادة ٤٨ منه حرية الإبداع وإجراء البحوث العلمية. ولو لم يكن الدستور قد نص عليها، لكان ضمانها مندرجا فى إطار الحماية التى يكفلها الدستور لحرية التعبير.

المبحث الثانى
فروع يجمعها أصل واحد

٧١- من النصوص التى يتضمنها الدستور، ما يعتبر من قبيل الفروع لأصل أغفل بيانه.

ولأن الأصول تنتج فروعها ولا تغوص فيها وتتغمر بها، فقد تعين القول بأن كل أصل هو القاعدة الكلية لكافة فروعه، ليمنح الأصل فروعه هذه، معانيها وليحدد كذلك الإطار العام لتلك الفروع، فلا تعمل بعيدا عن أصلها لأنها من فيضه. ولا يتصور بالتالى أن تناقض الفروع أصلها، ولا أن تجافيه. ومن ثم كان إلحاقها بأصلها مؤد إلى فهمها بطريقة أفضل.

أ- فحق الفرد فى أن يؤمن ضد صور الاعتقال والقبض غير المشروع، فرع من تكامل شخصيته وضمان آدميته وكرامته.

ب- وشخصية المسئولية الجنائية التى أغفل الدستور النص عليها، أصل لنص المادة ٦٦ منه التى تقرر شخصية العقوبة. ذلك أن وطأة الجريمة لا يجوز أن يتحملها غير من ارتكبها. فلا يؤاخذ بالجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها وأقدم عليها واعيا بنتائجها. فلا ترتبط شخصية العقوبة بغير من يكون قانونا مسئولا عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها، أو شريكا فيها([1]).

جـ- والحق فى التنقل من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز التفريط فيها. وقد كفله الله تعالى فى قرآنه بقوله: "هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها". وبقوله "هو الذى جعل لكم الأرض بساطا لتسلكوا منها سبلا فجاجا"

وهو أصل للفروع المنصوص عليها فى المادتين ٥٠و٥١ من الدستور، اللتان تحظران حرمان المواطن من الإقامة فى جهة بذاتها، أو حمله على التوطن فيها إلا فى الأحوال التى يبينها القانون؛ ولا تجيز إبعاده عن بلده أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تدبيرا احترازيا لمواجهة خطورة

([1]) القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٥- ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

إجرامية([1]). كذلك تحيل المادة ٥٢ من الدستور إلى القانون لتنظيم حق الهجرة إلى الخارج، سواء فى ذلك ما كان من صورها دائما، أو موقوتا.

فهذه الحقوق جميعها المنصوص عليها فى المواد المشار إليها، فرع من الحق فى التنقل الـــذى يراه كثيرون واقعا فى نطاق القيم العليا للجماعة؛ متصلا بمفهوم الحرية التى لا يجوز تقييدها بغـــير الوسائل القانونية التى يقتضيها الدستور أو المشرع؛ وكذلك بالحق فى الاجتماع لتبادل الآراء وتلقيـها وبثها؛ وبحرية الصحافة التى يتعذر عليها أن توفر لقرائها مواد محايدة حققها محرروها بغير ضمـان حقهم فى التنقل. وغدا هذا الحق بالتالى امتيازا لكل مواطن فى إطار النظم الديموقراطيــــة، كـــافلا تردده على كل جهة يريد التعامل معها، أو عرض بعض شئونه عليها([2]).

د. كذلك فإن حق المعاهد العلمية فى ضمان استقلالها ماليا وإداريا، فرع من حريتها فى إجراء البحوث العلمية التى يقتضيها نشاطها، فلا تنغلق أو تتقلص دائرة الإبداع فى دائرتها.

([1]) أنظر فى ذلك القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٢/٣/١٤- قاعدة رقم ٢٨- ص ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

([2]) Antieau, Modern Constitutional law, volume 1, 1969, pp.256,258.

المبحث الثالث
نصوص في الدستور ترشح لحقوق لا نص عليها فيه

٧٢- كثيرا ما يدل إمعان النظر فى بعض الحقوق التى نص عليها الدستور، على أن عِللـها، أو ما وراءها من القيم، وتتوخاه من الأغراض، متوافرة فى غيرها من الحقوق التى لا نص عليـها. فلا تكون الحقوق المنصوص عليها، إلا مفضية إلى حقوق جديدة لم يقررها الدستور.

وبها تمتد الدائرة التى تسعها أحكامه، فلا تنحصر فى تلك التى نص صراحة عليـها. وإنما تندمج فيها كذلك الحقوق التى كفلها ضمنا -لتعلو جميعها على ما سواها- بما يحـول دون تدخـل المشرع لتحريفها.

وآية ما تقدم، أن الدستور قد يورد نصا صريحا فى شأن حرمة الحياة الخاصة، وقد يتجاهلـها مكتفيا بنصوص أخرى تدل عليها، من بينها حق الأفراد فى الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة؛ وفى تأمين أشخاصهم ودورهم وأوراقهم ومتعلقاتهم فى مواجهة القبـض والتفتيـش غـير المبرر؛ وكذلك حق المتهمين فى ألا يكونوا شهداء على أنفسهم، توقيا لإدلائهم -جبراً عنهم- بأقوال قد تدينهم.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها. غايتها ضمان اطمئنان أصحابها لأن تكون خواص حياتهم بعيـدة عن اقتحامها بما يخل بحرمتها. شأنها فى ذلك شأن اتصالاتهم البريدية والبرقية والهاتفية التى ينبغـى ضمان سريتها والامتناع عن اختراقها، وعلى الأخص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التى بلـغ تطورها حدا مذهلا؛ وكان لتناميها بإمكاناتها المتطورة، أثر بعيد على الناس جميعهم حتى فـى أدق شئونهم، بما جعل اختلاس بعض جوانبها وصولا لأغوارها، نهبا لأعينها وآذانها([1]).

وما تنص عليه بعض الدساتير أو الوثائق من تخويل المضطهدين من أجل دفاعهم عن قضايـا الحرية فى بلدهم، حق اللجوء إلى دول أخرى للحصول على ملجأ فيها، يعتبر واشيا بالحق فى الحرية الشخصية وبالحق فى الحياة.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -قاعدة رقـم ٣٨/٦،٧،٨- ص ٥٦٧ - الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

كذلك فإن حظر الدستور لكل صور الاستغلال، يرشح لحق الفرد فى ألا يكون رقيقاً؛ وألا يساق إلى أشكال الدعارة على اختلافها؛ وألا يحمل على عمل لا يرضاه ما لم يكن أداؤه وفقا للقانون، ومطلوبا لمواجهة حالة طارئة، وتكليفا لتحقيق نفع عام، وبمقابل عادل([1]).

وحق الفرد فى الوجود متناغما مع الجماعة التى يعايشها، وبما يشد وثاقه بها، مُفضٍ للحق فى تقرير المصير. وحق المواطنين فى السيطرة على مصادر الثروة فى بلدهم واستغلالها وفق نظم تكفل سعادتهم، يفصح عن الحق فى تنمية هذه الموارد دون تدخل من أحد.

وضمان نصيبهم العادل فى الناتج القومى، ليس إلا إيماء وتوكيدا لحقهم فى العمل، وبضرورة صون حقهم فى الملكية بمراعاة وظيفتها الاجتماعية.

وحقهم فى الإسهام الحر فى الحياة الثقافية لبلدهم، مؤشر لحقهم فى فرص التعليم وفق مداركهم. وعلى ضوء ميولهم.

وحقهم فى صون كرامتهم، ينافيه امتهانها، وعلى الأخص من خلال إخضاعهم لعقوبة تتسم بقسوتها، أو بحطها من آدميتهم، فلا يكون فرضها عليهم حقا، بل محظورا.

ومساواتهم فى الضريبة، إرهاص بتكافئهم فى الحماية القانونية فيما سواها من الأعباء المالية.

وبناء الأسرة المصرية بمراعاة طابعها الأصيل، وعلى ضوء قيمها وتقاليدها فى مجتمعها، مؤد للحق فى تأسيسها على الخلق والدين.

والنص فى الدستور على أن تقدم الدولة خدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية للقرية بما يكفل يسرها وانتظامها؛ كافل ثبوتها كذلك لأهل كل مدينة بما لا يقل عن مستوياتها فى القرية.

والحق فى تلقى العلوم من أربابها، واشٍ بالحق فى تلقينها لآخرين وتعميقها وتقييمها.

([1]) أنظر الفقرة الثانية من المادة /١٣ من دستور جمهورية مصر العربية.

الفصل الرابع
الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

٧٣- تتسم الدساتير المعاصرة بتبنيها فى مجمل أحكامها، قواعد تقوم على تخويل كل سلطة حقوقا صريحة أو ضمنية من جهة؛ وعلى تقييدها من خلال بيان تخومها من جهة ثانية.

بل إن موقفها من تقييد السلطة، يعتبر من أهدافها الأولية أو المبدئية التى لا تحيد عنها.

ولقد كان احتكام المواطنين إلى هذه القيود، وطلبهم فرضها على المخاطبين بها، لبناء كيان أفضل لمجتمعهم، قاطعا بعزمهم إيجاد شكل من أشكال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، غايتها ضمان سيادة الدستور، على تقدير أن أحكامه مجرد هياكل لنظام الحكم فيها ولحقوق الأفراد وحرياتهم، تقتصر على بيان خطوطها الرئيسية بغير خوض فى تفصيلاتها Skeleton Clauses.

مما دعا جهة الرقابة على الدستورية لأن تكسى هذه النصوص لحمها، وتلقى عليها لباسها. خاصة وأن نصوص الدستور لا تعتبر نافذة بذاتها فى الأعم من فضلا عن أن غموض معانيها فى كثير من مواضعها، يقتضى تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لإيضاحها ومواجهة قصورها، مما أشاع القول بأن الدستور وإن كان نقطة البداية التى ترتكز عليها هذه الجهة فى عملها، إلا أن اجتهاداتها هى الدستور ذاته، فلا تكون شروحها للدستور إلا محيطة بكل جوانبه، وكأنها وثيقة جديدة مضافة إليه.

وصار صحيحا ما نراه اليوم من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تمثل من النظم الدستورية -مع تعددها وتباين أشكالها- جوهر ملامحها.

وحتى الدساتير التى كان موقفها من هذه الرقابة مترددا، أدرجتها فى صلبها بعد إيمانها بحيويتها، واقتناعها بضرورتها، وتعاظم دورها فى مجال ضمان تقييد السلطة بالضوابط المفروضة على نشاطها.

ولم يكن إرساء جهة الرقابة القضائية لقواعد الشرعية الدستورية، انتزاعا لاختصاص غير ثابت لها. بل جزءا من عملية تفسير الدستور وتطبيقه فى نزاع مطروح عليها، ابتغاء فرض قواعده على المخاطبين بها.

ولم يعد مقبولا القول بأن الدول التى تأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية، هـى صانعتـها. وإنما الصحيح هو أن احتضانها لها قد تحقق بوصفها حجر الزاوية فى بنيان النظم الدستورية جميعها The Cornerstone of the constitutional edifice.

هذا فضلا عن أن نصوص الدستور التى لا يُحْمل المخاطبون بها على تنفيذها، لن تزيد عـن مجرد طبول جوفاء يقرعها أصحابها فى بيداء مقفرة، فلا يسمعهم أحد.

أولا: قانون الخصومة الدستورية

٧٤- وإذا كان قانون الخصومة الدستورية، هو الدستور؛ وكان تطبيق هذا القـانون يقتضـى إطراح ما سواه من القواعد القانونية التى يتصل تطبيقها بالنزاع المعروض على الجهـة القضائيـة، إعمالاً لمبدأ تدرج النظم القانونية فى البلد الواحد؛ فقد تعين أن يكون الدستور هو القـانون الأعلـى، خاصة وأن أحكامه لا تحدثها إرادة تفوقية أو انتهازية تعلو فـوق المواطنيـن وتقتحمـهم، ولكنـهم يصوغونها بأنفسهم قاصدين بها أن تكون إطاراً لحياة أفضل فى قيمها ووسائلها.

ولم يكن مـا قـرره جـون مارشـال رئيـس المحكمـة العليـا الأمريكيـة فـى قضيـة Marbury V.Madison، من أن الدستور كقانون أساسى، لا يجوز أن تنحيه قاعدة تناقض أحد أحكامه؛ وأن من اختصاص المحاكم جميعها؛ بل ومن واجبها كذلك، أن تقرر بنفسها ما هو القانون فى نـزاع معين([1])؛ لم يكن ما قرره من ذلك صرخة فى الفضاء العريض، ولا هو ابتداع غير مسـبوق، بـل توكيد لحقيقة قانونية لا نزاع فيها اقتصر دور المحكمة العليا الأمريكية على مجرد إعلانها.

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بصورة أكـثر وضوحـا فـى الـدول الفيدرالية التي ينظم دستورها حقوق مواطنيها وحرياتهم علـى امتـداد ولاياتـها أو مقاطعاتـها أو كانتوناتها من جهة؛ ويركز كذلك على تخوم العلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية هذه.

ذلك إن تفسير جهة الرقابة القضائية لدستور الاتحاد بصورة متعقلة ومتوازنة، هو الذى يحفظ للعلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية تماسكها، ويكفل ازدهارها، ويقيم تعاونا وثيقا بينها، لا يخل بالقيود الحاجزة لسلطة كل منها.

([1]) Marbury v.Madison, SU.S. [1 cranch] 137 (1802).

فلا تبسط إحداها يدها لانتزاع اختصاص ليس لها، بل تعمل جميعها فى إطار منظومة متكاملة، لكل منها -فى نطاقها- حقوقها التى تصونها جهة الرقابة القضائية، وواجباتها التى تلزمها بها، كى يظل الاتحاد صامدا عبر أعاصير التنازع والتناحر وتناقض المصالح، فلا يتداعى متهاويا متصدعا.

ومن المحقق كذلك، فإن الرقابة القضائية على الدستورية، هى التى تجعل الدستور أكثر من مجرد وثيقة تبلور قيما خلقية سياسية Maximes of political morality.

ذلك إن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تفصل فى كل خصومة قضائية يثار فيها مخالفة قاعدة قانونية للدستور.

وغدا صحيحا القول بأنه لا دستور بغير رقابة قضائية، ولا رقابة قضائية مجردة من سلطة إلزام المشرع بالقيود التى تضمنها الدستور.

بل إن هذه الرقابة هى الضمان الوحيد لإنفاذ هذه القيود بما يجعلها جزءا من بنيان الدستور The Sine qua non of the constitutional structure.

ثانيا: الرقابة على الدستورية فى الدول الفيدرالية

٧٥- وفى الدول الفيدرالية، تمتد الرقابة القضائية إلى القوانين الصادرة عن ولاياتها للفصل فى تطابقها أو تعارضها مع دستور الاتحاد، على تقدير أن هذا الدستور هو القانون الأعلى فى كل أجزائها([1])؛ ولأنه لا يجوز أن تنظر كل ولاية إلى نفسها بوصفها كيانا سياديا لا يتقيد بغير دستورها المحلى. بل إن هذه الرقابة هى التى تكفل سمو القوانين الاتحادية على قوانين الولاية، وعلو دستور الاتحاد على الدساتير المحلية، بما يصون وحدة الدولة ويعزز مكانتها.

وفى الولايات المتحدة الأمريكية، لم تقبل بعض ولايتها تدخل المحكمة العليا الفيدرالية فى قراراتها من خلال مباشرتها لولايتها الاستئنافية؛ وكان موقفها ضربة قاصمة لبنيان الدستور، إلا أن المحكمة العليا الفيدرالية ألزمتها بتنفيذ أحكامها مقررة أن رقابتها على الشرعية الدستورية، تقتضيها إخضاع كل ولاية لقواعد هذه الرقابة بوصفها متفرعة بالضرورة عن واجبها فى ضمان فعالية دستور الاتحاد كوثيقة مدونة توزع السلطة فيما بين الحكومة المركزية وولاياتها؛ ولأن السيادة الوطنية لا تصونها إلا المحكمة الأعلى فى بلدها من خلال تغليبها لنصوص القوانين الفيدرالية على أعمال

([1]) Fletcher v. Peck, Lo U.S (6 cranch) 87 (1810).

الولاية، وإلزامها الحدود التى رسمها لها دستور الاتحاد، فلا تكون تشريعاتها أو قراراتها أو أحكامها مناقضة قوانين الولايات المتحدة ومعاهداتها ودستورها.

وفى ذلك يقول جون مارشال: "لو نظرنا إلى طبيعة الاتحاد وأغراضه، ومحصنا المبادئ العظيمة التى قام عليها بنيان الدستور، فإن النتيجة التى نستخلصها والتى لا مفر من التسليم بها، هى أن المحكمة الأعلى لهذه الأمة، هى التى ينبغى أن تنعقد لها ناصية الأمر فى مجال مراجعتها قضاء المحاكم المحلية فيما يمس الأمة فى مجموعها([1])".

Let the nature and objects of the Union be considered, let the great principles on which the constitutional framework rests be examined, and the result must be that the Court of the nation must be given the power of revising the decisions of local tribunals on questions which affect the nation.

والقول بأن السلطة التى تمتلكها جهة الرقابة على الدستورية فى الدول الفيدرالية، والتى تُخضِع بموجبها قوانين كل ولاية أو مقاطعة لرقابتها، تناهض الروح الحقيقية للاتحاد، فلا يظهر مترابطا فى أجزائه، ولا متوافقاً فى اتجاهاته؛ مردود أولا بأن الوظيفة الأساسية لجهة الرقابة، لازمها أن ترد النصوص القانونية جميعها إلى الدستور، وأن تبطل كل قانون أو قرار يخل بالحدود التى رسمها لكل ولاية أو مقاطعة.

ومردود ثانيا بأن السيادة الوطنية يستحيل ضمانها بصورة هادئة داخل الدولة الفيدرالية، إلا عن طريق تحقيق توازن فى بنيان الدستور بين سلطاتها المركزية والإقليمية؛ ومن خلال جهة للرقابة القضائية على الدستورية تكون حكما بينها، ولا يكون قرارها فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها، إلا قولا فصلاً، بما يجعلها السلطة النهائية فى تفسير الدستور.

٧٦- وحتى فى غير الدول الفيدرالية، فإن قضاء المحاكم فى الخصومة الدستورية، يحوز أصلاً قيمة أدبية كبيرة. والقيمة القانونية التى تكتسبها أحكامها، قد تسقطها السلطة التنفيذية العاتية التى أغرتها قوتها المتزايدة بأن تحدد تارة بنفسها نطاق المعونة المالية التى تمنحها للسلطة القضائية كى تعينها على إدارة عدالة مقتدرة، وأن تتدخل طورا آخر فى عملها إلى حد تجاهلها لقراراتها بالرغم من قيمتها المعنوية الناجمة عن دعم المواطنين لها.

([1]) Cohens. v.Virginia, 19 U.S. (6 wheat) 264 (1821).

ولم تسلم جهة الرقابة على الدستورية فى هذه الدول من تدخل السلطة التشريعية فى شئونها، سواء من خلال تحديد طرائق هذه الرقابة وإجراءاتها؛ أو عن طريق القواعد التى حددت بها لجهة الرقابة كيفية تشكيلها وقواعد تنظيمها الداخلى؛ وإن ظل مطلوبا ولازما، ألا يصل هذا التدخل فى منتهاه، إلى حد اقتلاع جهة الرقابة، أو إرهابها، أو الإخلال باستقلالها وذاتية كيانها؛ أو إلى حرمان الأفراد من فرص الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التى كفلها الدستور، وعلى الأخص فى مجال اعتراضهم على الاحتجاز غير المشروع لأبدانهم.

ثالثا: أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام

٧٧- وزاد من أهمية الرقابة على الدستورية، تحول فى مفهوم الديموقراطية، لم تعد به ديموقراطية بالقانون La démocratie par la loi بل ديموقراطية بالدستور La démocratie par la constitution.

كذلك كان التركيز فى بنيان الدستور -وحتى فترة قريبة- دائراً حول مبدأ فصل الأفرع التى تباشر السلطة عن بعضها البعض، ودون إخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم التى كان ينظر إلى ضمانها باعتباره نتيجة مترتبة بالضرورة على تقييد السلطة من خلال تقاسم مظاهرها بين الأفرع ألتى تمارسها.

وحتى الفقهاء وإن اختلفوا حول أفضلية النظام البرلمانى على الرئاسى، وما إذا كان فصل أفرع السلطة عن بعضها، ينبغى أن يتسم بالمرونة أو بالجمود، إلا أن اتفاقهم كان عريضا على مبدأ معين، هو أن الحرية تعتمد فى ضمانها على الكيفية التى ينظم بها الدستور حدود مباشرة السلطة، وضوابط فصلها، فى نطاق العلاقة بين الأفرع التى تباشرها.

وكان منطقيا بعد أن صار للسلطة التنفيذية بحكم أغلبيتها البرلمانية، اليد الطولى التى تسيطر بها على زمام الأمور فى بلدها، أن تقوم الدساتير فى العصر الحاضر على مفاهيم مغايرة قوامها أن الدستور، هو الحقوق التى يضمنها؛ وأن الوثيقة الدستورية تعنيها حقوق الأفراد أكثر من إسرافها فى التركيز على ضوابط فصل السلطة والنظم التى تحكمها.

٧٨- وبدا الدستور على ضوء هذا التغيير فى المفاهيم التى يقوم عليها، ميثاقا يكفل الانتقال من مبدأ فصل السلطة إلى مبدأ ضمان الحقوق.

Passage de la constitution -séparation des pouvoirs, à la Constitution -garantie des droits.

وقد تحقق هذا الانتقال -الأكثر دعما للديموقراطية- من خلال جهة الرقابة على الشرعية الدستورية على الأخص، التى تكفل لحقوق الأفراد وحرياتهم تناميا متصاعدا يرتقى بنوعيتها، ويوفر لحمايتها وسائل الجزاء التى تقارن أحكامها.

ولم تعد قيمة حقوق الأفراد وحرياتهم، عائدة إلى إحصائها فى الدستور وعدها واحدا بعد الآخر. بل تعلق الأمر بنوعية الضمانة التى تكفلها لها جهة الرقابة على الدستورية من خلال أدواتها ومناهجها فى هذه الرقابة؛ وعن طريق تعدد المصادر التى تحتكم إليها فى مجال تقرير دستورية القوانين المطعون عليها؛ وبمراعاة أن فصلها فى هذه القوانين يتأثر دائما بالسياسة القضائية لهذه الجهة.

ولا شبهة فى أن الفكرة التقليدية للدستور، تشتمل على حقوق الفرد وحرياته. بيد أن ما يعطى الدستور معناه ومغزاه، لا يتمثل فى مجرد رصد هذه الحقوق والحريات -سواء فى صلبه أو فى إعلان للحقوق قائم بذاته- وإنما تنفتح للدستور آفاق بعيدة فى مداها، حين تصوغ جهة الرقابة على الدستورية معانى جديدة للحقوق والحريات التى كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأفعل فى ضمانها.

ومن ثم تمتد حقوق الفرد وحرياته عرضا وعمقا، فلا تنحصر فى القائمة المغلقة التى بينها الدستور من خلال إحصائها وعدها([1])، وهى قائمة كان احترامها فى الماضى معلقا على يقظة المواطنين بكل طوائفهم، وارتبط تنفيذها كذلك بالأدوار السياسية التى تلعبها مراكز القوة فى بلد ما.

ولم يعد صحيحا القول بأن للسلطة التشريعية إقرار القوانين وإلغائها وفق إرادتها وبالكيفية التى تراها. بل صار من المحقق تعليق سلطتها فى إقرار قانون ما، على شرط عدم إخلال هذا القانون بأية ضمانة من طبيعة دستورية([2]).

([1]) فحق الفرد فى اختيار زوجته غير منصوص عليه فى الدستور، ومع ذلك كفلته المحكمة الدستورية العليا لأعضاء مجلس الدولة الذين يريدون الزواج بأجنبية [دستورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٣/١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٨- ص٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

([2]) C.C. 84-185 D.C., 18 janvier 1985, R.p.36; C.C. 89-259 D.C.. 26 juillet 1989,R.p.. 66; C.C.91-296 D.C.. 29 juillet 1991. R.p.102; C.C. 90-281 D.C..december 1990,R.p.91

٧٩- والذين آمنوا بالرقابة القضائية على الدستورية، أدركوا بأن الجهة التى تباشرها تمثل نمطا جديدا للعلاقة بين المواطنين وحكامهم؛ وأن فعالية دورها، ضمان لتقدم الديموقراطية التى كان شكلها السابق يقوم على الخلط بين الجماهير وممثليها؛ بين إرادة الجماهير فى صورتها الحقيقية؛ وإرادة أعضاء السلطة التشريعية الذين أنابتهم الجماهير عنها فى تمثيلها، فلا تعلو إرادتهم عليها، بزعم أنهم يحلون محلها فى التعبير عنها(١).

وهذه النظرة للديموقراطية، هى التى تبنتها جهة الرقابة على الدستورية التى تمايز بين حقوق مواطنيها من جهة؛ وبين السلطة التى تحكمهم من جهة أخرى، فلا تندمج حقوقهم فيها، ولا تقوم هى بدلاً عنهم فى تقرير نطاقها أو اقتضائها، ولا تستعيض عن إرادتهم بإرادتها، ولا تقدم إرادتها عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، هى وسيلتهم فى التعبير عن إرادتهم فى مواجهة ادعاء ممثليهم البرلمانين بأنهم أصحابها.

رابعا: حلول الديموقراطية القضائية محل الديموقراطية التمثيلية

٨٠- ومن ثم تحل الديموقراطية التى تُدون ملامحها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، محل الديموقراطية التمثيلية.

ولأن السيادة الشعبية لا تجوز مباشرتها بصورة مباشرة، فإن جهة الرقابة على الدستورية تأخذ فى اعتبارها أن الذين يَدَّعون تمثيل الجماهير، قد يخونوها أو يسيئون التعبير عن إرادتها فى أحسن الفروض؛ وأن محاسبتهم عن أفعالهم، وعلى الأخص فى شأن القوانين التى أقروها، مناطها إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية لحكم الدستور، وإلزامهما باحترامه بوصفه تعبيرا عن السيادة الشعبية. فلا يكون النزول على الإرادة التمثيلية إلا بقدر توافقها مع السيادة الشعبية، تقديرا بأن ثانيتهما -دون أولاهما- هى التى ينبغى الخضوع لها.

---

(١) Carré De Malberg, la loi, expression de la volonté generale.Economica 1984.

وقريب من ذلك ما قرره لويس الخامس عشر فى خطابه أمام البرلمان فى ٣مارس ١٧٦٦ من أن حقوق الأفراد وحرياتهم تتحد بالضرورة مع ممثليهم، وتقع فى أيديهم.

les droits et libertés sont nécessairement réunis à ceux des representants et reposent enter leurs mains..cité par Jean - Yves Guiomar, l'ideologie nationale. champ libre 1974,p.39.

هذا فضلا عن أن التمييز بين المواطنين ومن يحكمونهم، يقتضى الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية، وبينهما وبين جهة الرقابة على الدستورية من ناحية ثانية، فلا تكون هذه الجهة قريبة فى وظائفها من هاتين السلطتين، ولا موقعها موازيا لهما، بل يكون لهاتين السلطتين مجتمعها ذو الطبيعة السياسية.

ولا كذلك جهة الرقابة على الدستورية التى لا يكون مجتمعها إلا مدنيا، ونشاطها إحداثا لعلائق جديدة بين هذه المجتمعين، من خلال إلزامها السلطة بكل أشكالها ورموزها بصون حقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص كلما أعلن المواطنون عزمهم عن الدفاع عنها وكان توكيدهم لها، قد تم من خلال استفتاء عام.

وإذا قيل بأن للسلطة التشريعية أن تعبر بطريقتها عن مفهومها للسيادة الشعبية، إلا أن ادعاءها احتكارها تمثيل شعبها، مؤداه إفلاتها من كل رقابة قضائية على نشاطها، وانقضاضها على ولاية جهة الرقابة على الدستورية ذاتها، وتقويضها لسلطتها التى تحدد بها -ومن منظورها- ما تراه الجماهير حقا لها. وهو ما لا يجوز، وذلك لأمرين:

أولهما: أن هذه الجهة تستمد اختصاصاتها مباشرة من الدستور، فلا يجوز هدم ولايتها أو تحريفها.

ثانيهما: أن الأصل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إليها -بطريق مباشر أو غير مباشر- لتفصل فيما يطرحه عليها من الطعون فى شأن مخالفة قانون للدستور([1]).

٨١- ولا جرم فى أن الديموقراطية فى صورتها الحديثة، قوامها إخضاع أعمال السلطة التشريعية -وباطراد- للقيم التى تتميز بها الجماعة فى لحظة زمنية معينة.

وصار منطقيا بالتالى تقييم هذه الأعمال على ضوء قيم الجماعة ومبادئها التى اختطتها طريقا لحياتها، للتحقق من توافقها أو تعارضها معها. وهو ما تعهد به الدساتير المعاصرة إلى جهة اختصتها بالرقابة القضائية على الدستورية كى تتولى بنفسها عملية انتقادية عقلية فى شأن قوانين السلطة التشريعية وقراراتها.

([1]) Domonique Rousseau, Droit de Contentiux constitutionnel, 4e édition.pp.397-403

وقد آثار ذلك تساؤلا حول ما إذا كان لجهة الرقابة على الدستورية -وهى بطبيعة تكوينها غير منتخبة- أن تقيد بأحكامها، السلطة التشريعية التى تباشر ولايتها بعد اختيار أعضائها الذين يُشَخِّصون -من خلال الاقتراع العام- إرادة الأمة ويعبرون عنها، خاصة وأن المهمة التى تتولاها جهة الرقابة على الدستورية، تنحصر فى تقييم القوانين الصادرة عنها، سواء تعلق الأمر بالشكل الخارجى لهذه القوانين -ممثلا فى القواعد الإجرائية التى اتبعتها السلطة التشريعية فى مجال اقتراحها أو إقرارها أو إصدارها- أم بصورتها الداخلية التى يعكسها مضمون هذه القوانين أو محتواها.

ويقتضى الرد على هذا التساؤل التمييز فى مجال الرقابة على الدستورية بين أمرين:

أولهما: قوانين تقرها السلطة التشريعية فى حدود سلطتها التقديرية، وهذه لا شأن لجهة الرقابة على الدستورية بها بقدر ما يقوم من توافق منطقى بين النصوص القانونية التى أقرتها والأغراض المقصودة منها.

ثانيهما: قوانين أقرتها السلطة التشريعية مجاوزة بها حدود ولايتها بالنظر إلى خروجها على الدستور فى جوانبه الشكلية أو فى مضمون أحكامه.

وهذه هى منطقة الرقابة على الدستورية التى لا نزاع فى أن الدستور لم يفوض السلطة التشريعية فى اقتحامها.

ذلك أن كل سلطة أسسها الدستور، ينبغى أن تتقيد بأحكامه، ما كان منها شكليا أو موضوعيا، تقديرا بأن النزول عليها هو رضوخ لإرادة الجهة الأعلى التى أنشأتها، وبعثتها من العدم.

ومن ثم لا تُعَارض الرقابة على الدستورية -التى لا يجوز لها بطبيعة وظائفها أن تقدر ملاءمة إقرار النصوص المطعون عليها فى لحظة زمنية بذاتها، ولا أن تفصل فى حكمتها، أو بواعثها- الديموقراطية المنبثقة عن السيادة الشعبية. ولكنها توفر لنصوص الدستور- وهى التعبير الأعلى عن

الإرادة الأشمل والأوثق للجماهير العريضة- الحماية اللازمة لها بفرض كلمتها على المخاطبين بها([1]).

٨٢- واتجه نفر من الفقهاء إلى القول بأن الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها دعم حقوق الإنسان الطبيعية والأسبق فى وجودها من كافة الدساتير والوثائق الملحقة بها. وهى حقوق لا تتقادم من جهة وتتخطى الحدود الإقليمية من جهة ثانية. ولا يجوز كذلك النزول عنها أو تجزئتها([2]).

ومن ثم لا يزيد دور جهة الرقابة على الدستورية بشأنها على مجرد حراستها([3]) لضمان خضوع الدولة بصفة كاملة وفعلية للقانون، بما يحول دون تحكمها، ويقيدها بالحقوق السابقة فى وجودها عليها.

فلا يكون خضوعها للقانون عملاً داخلياً من خلال تقييدها لنفسها بنفسها. L'autolimitation وإنما يتحقق هذا الخضوع عن طريق سلطة غيرها، مختلفة عنها، تقيدها بمحتواه L'heterolimitation.

([1]) ولا يعنى ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لها إرادة تعلو بها على الإرادة الأعلى التى أسستها. ودليل ذلك أنه لو قرر المجلس الدستورى الفرنسى مخالفة قانون للدستور، ثم أقر الشعب فى استفتاء، هذا القانون بعد عرضه عليه، فإن على المجلس أن يلتزم بنتيجة الاستفتاء باعتباره تعبيرا عن الإرادة المباشرة للجماهير صاحبة السيادة الوطنية، وفى ذلك يقرر المجلس الدستورى الفرنسى بأن القوانين التى يخضعها لولايته هى تلك التى أقرها البرلمان، وأنه لا شأن لرقابته بالقوانين التى وافق عليها الشعب فى استفتاء، لأنها تبلور التعبير المباشر عن السيادة الوطنية:

les lois soumis au contrôle du Conceil Constitutionnel sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adopté par le peuple à la suite d'un referendum, constitutent l'expression directe de la souveraineté nationale.

[C.C. 62-20 D.C., 6 November 1962, R.p.27; C.C. 92-313 D.C., 23 September 1992, R.p.94].

([2]) يؤيد إعلان الحقوق الفرنسى لعام ١٧٨٩ وجهة النظر هذه، ذلك إن مادته الثانية تنص على أن غاية هذا الإعلان هى صون حقوق الإنسان الطبيعية التى لا تقادم فيها.

La conservation des droit naturels et imprescriptibles de l'homme.

([3]) حرص مجلس الدولة الفرنسى على إنهاء تحكم السلطة الإدارية من خلال إلزامها باحترام القانون. كذلك ينـاهض المجلس الدستورى الفرنسى تحكم السلطة التشريعية من خلال إخضاع أعمالها للدستور وحقوق الإنسان.

وفى هذا الإطار، لا تكون الرقابة القضائية على الدستورية، مجرد آلية لها طبيعة فنية غايتها إخضاع الدولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية. ولكنها وسيلة عملية تتوخى أصلا وقبل كل شيء، ضمان احترام الدولة لحقوق الفرد وحرياته([1]). فلا يكون خضوعها للقانون غير مجرد انضمام من جانبها إلى قيم الحرية والتكافؤ فى المعاملة القانونية، وكذلك إلى قيم التسامح التى يكون بها مجتمعها قائما على التضامن بين أفراده، الحائزين لحقوق يملكونها فى مواجهة الدولة لتسمو هذه الحقوق عليها، فلا تعارضها.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تلزمها بإنفاذ تلك الحقوق، كى تتخذها قاعدة تنطلق منها فى تصرفاتها.

خامسا: تفسير الدستور تفسيراً نهائيا معقود لجهة الرقابة القضائية
على الشرعية الدستورية دون غيرها

٨٣- على أن القول بالحقوق الطبيعة للفرد، لا يعنى أن نصوص الدستور التى تنظمها تعتبر مهيأة بخصائصها لإنفاذ محتواها. ذلك أن جهة الرقابة على الدستورية هى التى تعطى هذه الحقوق معانيها وتحدد نطاق تطبيقها، وبمراعاة أن الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية لا تجعلها مرجعا نهائيا لتفسير الدستور. بل يجوز دوما مساءلتها أمام جهة الرقابة القضائية غير المنتخبة التى لا تباشر -من خلال وظيفتها القضائية- عملا سياسيا.

والحق أن كل تغيير فى المفاهيم الديموقراطية، يحمل فى ثناياه تغييراً فى أدواتها وطرائق التعبير عنها. ومن ثم كان للديموقراطية فى بعض ملامح تطورها، مفرداتها اللغوية كإبدالها الرعية

([1]) يشكك بعض الفقهاء فى هذه النتيجة. ويدلل عليها بانحراف المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن كل دعم لازم لحقوق الإنسان فى قضايا أصدرت فيها أحكاما لا تشرفها من بينها:

Dred Scott v.Sandford, 60 U.S. 393 (1856); United States v.Reese, 92 U.S. 214 (1876); United States v.Gruikshank, 92 U.S. 542 (1876); United States v. Harris,106 U.S. 629 (1883); The Givil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); Adair v. United States,208 U.S. 161 (1908); Hammer v.Dagenhart, 247 U.S.251 (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922); Adkins v.Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923) ; See also Edward S. Corwin, Court over Constitution (Princeton: Princeton University Press. 1938), pp. 85-128; Henry Steele Commager, "Judicial Review and Democracy." Virginia Quarterly Review 10 (1938): 417-28.

بالمواطن، وتفضيلها السيادة الوطنية على نظرية الحق الإلهى، وارتكانها إلى مفهوم العقد الاجتماعى بديلاً عن تحكم الملكية.

وفى مرحلة تالية، تغير شكل الجماعة وتركيبها من خلال حق الاقتراع العام وأحزابها السياسية، وإرساء مفهوم الديموقراطية الاشتراكية.

٨٤- وبإقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن مفاهيم أخرى للديموقراطية تم تصويبها. فلم يعد البرلمان والقانون مهيمنا على مظاهر الحياة فى بلد ما، وإنما صار لجهة الرقابة على الدستورية الحق فى أن توفر لكل أقلية، ولحقوق الإنسان، الحماية اللازمة فى مواجهة تسلط الأغلبية الحكومية وانحرافها، وأن ترتد ولايتها هذه، إلى علو وسيادة الدستور La préeminence de la Constitution.

وصح القول، بأن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر احترامه للدستور(١) La loi n'exprime la volonté generale que dans le respect de la constuitution؛ وأن تدفق الآراء والأفكار وتعددها، هو جوهر الديموقراطية(٢) L'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion constitute le fondement de la démocratie وأن هذه المفاهيم الجديدة، تبلور إطاراً لديموقراطية وليدة تحدد جهة الرقابة على الدستورية ملامحها(٣).

٨٥- ويبدو غريبا فى إطار هذا التطور، أن يظل خصوم الرقابة القضائية على الدستورية حتى اليوم يرددون فى مواقعهم حججا عقيمة باهتة ليس لها من سواء. من بينها أن الرقابة على الدستورية غايتها أن تعمق جهة الرقابة على الدستورية من نفوذها من خلال فرضها لإرادتها على السلطة التشريعية، وإبطالها القانون الصادر عنها إذا ناقض الدستور، وأن استقراء حقائق التاريخ يدل على أن هذه الجهة لم تعمل دوما لمصلحة مواطنيها(٤).

(١) C.C.85-196 D.C.,23 Aout 1985,R.p.70.

(٢) C.C.89-271 D.C.,11 Janvier 1990, R.p.21.

(٣) Dominique Rousseau,Op.cit,pp. 403-417.

(٤) Leonard W.Levy <<Judicial Review, History, and Democracy>> ,in Judicial Review and the Supreme Court, (New York: Harper & Row, 1967).

وفاتهم أن ولاية هذه الجهة مصدرها الدستور، وأن السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها فيه؛ وأنها لا تحرص في كثير من الأحيان على أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه. وغالبا ما يكون سعيها متوخيا إرضاء قطاع من المواطنين دون آخر، انزلاقا منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها.

ولئن كان من سلطتها أن تفسر الدستور كي تصوغ تشريعاتها بما لا يجانبه، إلا أن سلطتها هذه، لا يجوز أن تكون قولا فصلا تفرض به فهمها للدستور على سواها، وإلا كان تفسيرها للدستور نهائيا، عاصما تشريعاتها من كل جدل يمكن أن يثور حولها، ولو كان خروجها على الدستور بادياً من وجهها.

هذا فضلا عن أن لكل جهة قضائية عثراتها، و صلاحيتها للفصل في المسائل الدستورية، لا يسقطها خطأ بعض أحكامها. ولا يجوز أن يشكك هذا الخطأ في قدرتها على مباشرة ولايتها بما يصون لمواطنيها حقوقهم وحرياتهم بصورة أفضل.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تفرض إرادتها على السلطة التشريعية، ولكنها تعلي الدستور عليها، خاصة وأن المواطنين لا يختارون أعضاءها بناء على كفاءاتهم، وتميز قدراتهم في نطاق العملية التشريعية.

ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي يكون لها من تخصصها واستقلالها ما يدعم مباشرتها لوظائفها، ويحول دون إغواء قضاتها الذين يتم اختيارهم بعناية ملحوظة، فلا يكونون إلا أوصياء مخلصين على سلامة تطبيق الدستور؛ يؤكدون لحقوق كل مواطن وحرياته، ضماناتها، ويناهضون القيود غير المبررة عليها؛ فلا يواجهون القضايا التي يفصلون فيها بصورة جامدة، بل في

إطار من المرونة الكافية([1])، التى تجعل من دعمهم للحرية خاصية أساسية تميز نشاطهم([2])، خاصة حين تلقى السلطة التشريعية وراء ظهرها، ما هو خطير من المسائل التى تعمد إلى تجنبها([3]).

سادسا: الديموقراطية تنافى التسلط

٨٦- ولئن صح القول بأن الديموقراطية -وعلى حد قول الرئيس الأمريكي لينكولن- لا تعنى تحررها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية([4])؛ فإن من الصحيح كذلك أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديموقراطية، إلا بشرط معقولية تصرفاتها.

وتصرفاتها هذه، هى التى تراقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح المواطنين.

فلا يكون للرقابة التى تباشرها هذه الجهة من أثر غير ترشيد التقدير التشريعي وضمان استقراره. وهو ما يعنى أن أحكامها فى المسائل الدستورية، تبلور فرصة ثانية second thought تتيحها هذه الجهة القضائية للسلطة التشريعية كى تصحح نفسها بما يكفل للديموقراطية اعتدالها واتساع قاعدتها وتعميق محتواها.

وغير صحيح بالتالى القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا يجوز أن تصدر أحكامها على ضوء مفاهيم مخالفة لتلك التى تبنتها الأغلبية البرلمانية. إذ لو جاز ذلك لكان وجود هذه الجهة بلا فائدة ترتجى منها.

---

(1) ضرب جون مارشال بعض الأمثلة فى قضية ,Marbury V.Madison, 5 U.S.137 (1802) مبررا بها مباشرة المحكمة العليا للرقابة على دستورية القوانين، من بينها فرض الضريبة على خلاف الدستور، وسريان القوانين الجنائية بأثر رجعى،Ex past facto laws وتقليص حق المواطن فى الأمن.

(2) Eugene Rostow, The Democratic Character of Judicial Review,66 Harvard Law Review [December 1952, p.215].

(3) أصدرت المحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة أبطلت بها بعض النصوص فى القوانين التى تنظم العلاقة بين المالك والمستأجر، وهو التنظيم الذى تجنبت السلطة التشريعية تعديله، بالنظر إلى حساسية هذه القوانين وتعلقها بمصالح جماهير عريضة من المستأجرين.

(4) Abraham Lincoln "First Inaugural Adress", in The collected works of Abraham Lincoln, ed. Ray. Basler, 9 vols, Rutgers University Press, 1953,4:268.

٨٧- غير أن أبرز أوجه النقد المعاصر لوجود جهة للرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في أن هذه الجهة لا تنحصر مهمتها في تقويم اعوجاج اتصل بقانون، وإنما لأن هذه الجهة -ومن خلال مباشرتها لولايتها- تحل محل السلطة التشريعية في تقديراتها، وتتزايد قوتها يوما بعد يوما، مع تراجع قوة الرأى العام وتضاؤل أهميته.

بل إن هذه الجهة صار بوسعها اليوم -ومن خلال تفسيرها للدستور- أن تنفذ إلى المظاهر المختلفة لحياة مواطنيها، وضد إرادتهم، أكثر من أى وقت مضى.

وهو ما دعا البعض إلى وصفها بأنها نوع من الإمبريالية القضائية([1]) تمنح القانون ولا تفسره([2])The law giver القوة بيدها، وسيفها مسلط على غيرها؛ فلم تعد بعيدة عن مظاهر بأسها، ولا عن قدرتها على التدخل إيجابيا فى المسائل التى تتناولها، واتخاذ قراراتها فيها دون بصر بنتائجها.

وقضاتها فوق هذا غير مسئولين أمام أحد؛ فهم غير منتخبين؛ وتمتد ولايتهم فى الأعم حتى نهاية أعمارهم؛ ورواتبهم العالية تؤمن احتياجاتهم جميعها، مما خولهم السلطة الكاملة التى يوجهون بها كل نشاط عام أو خاص، وفق الآراء التى يفصحون بها عن كيفية فهمهم الدستور.

وكان منطقيا بالتالى أن يدعو بعض المعلقين الجادين، إلى ضرورة أن تتحوط جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال قيود ذاتية تفرضها بنفسها على ممارستها لولايتها([3]) وإن قال الناقدون لهذه الرقابة بأن مثل هذه الضوابط تظل من صنعها. ولا يتصور أن تصحح بذاتها قراراتها، ولا أن تتمحض عن صورة من صور مراجعتها.

([1]) ومن ذلك ما قررته المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية من قواعد قانونية فى شأن الفصل العنصرى، وعقوبة الإعدام، والحقوق التى تشملها حرمة الحياة الخاصة، وحقوق المتهم، والدعوى التوكيدية Affirmative action، والمسائل السياسية.

([2]). Max Farran, The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven: Yale University Press, 1966 ed volume 2,p.299.

([3]) Alexander Bickel, The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics (Indianpolis - Bobbs - Merrill, 1962).

٨٨- على أن أوجه النقد المتقدمة -ومع اعترافنا بصحتها فى كثير من جوانبها- لا تزال بعيدة عما نراه أسلوبا قويما فى مجال تحديد الجهة التى تفصل فى تطابق النصوص المطعون عليها مع الدستور.

ذلك أن تكوين هذه الجهة واختيار قضاتها، مرتبط بدورها فى مجال اتصال نصوص الدستور، بأعمال تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية مجاوزة بها حدود ولايتها.

سابعا: الرقابة على الدستورية لا تتولاها إلا جهة قضائيا

وكان ضروريا بالتالى أن تكون هذه الجهة قضائية فى تشكيلها، وأن تباشر وظيفتها من خلال الخصومة القضائية، فلا يكون فصلها فيها إلا منحدراً من حيدتها واستقلالها عن السلطتين الأخريتين، بقصد تقويم ما قد يطرأ عليهما من عوج. فإذا كان موقفها من تطبيق الدستور دالا على يقظتها، فليس ذلك عيبا يشينها.

ولا كذلك سلبيتها التى توهن علاقتها بمواطنيها، وتؤكد ضعفها أو تخاذلها فى مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين تميلان إلى العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم.

والقول بأن ضوابط الرقابة الذاتية التى تفرضها هذه الجهة على نفسها، لا تعتبر كافية للحد من إسرافها فى مباشرة وظيفتها القضائية، مردود بأن الضوابط الذاتية التى تقيد جهة الرقابة القضائية نفسها بها، مردها إلى طبيعة وظيفتها القضائية لتعلقها بالكيفية التى تفصل بها فى نزاع معين.

فإذا قيل بعدم كفايتها، فإن البديل عنها أحد أمرين:

أولهما: أن تتخلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، عن ولايتها بتمامها بما يعنيه ذلك من إطلاق سراح السلطتين التشريعية والتنفيذية من كل قيد.

وثانيهما: أن تحل هاتين السلطتين محلها فى مباشرة مهمتها، أو أن تراقبانها فى كيفية ممارستها لوظيفتها القضائية.

وليس ذلك كله غير إنهاء لهذه الرقابة عملا وقانونا. فلا تبقى على مسرح الحياة السياسية غير سلطتين تستبدان بكل أمر، وتعصفان بكل حق، ليظهر الدستور كوثيقة جوفاء فى معانيها ومقاصدها وفى القيم التى تتوخى فرضها.

الفصل الخامس
الرقابة القضائية على الدستورية: مفترضاتها

تفترض الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية خلفية مواتية تحيط بها؛ ونقطة انطلاق ترتكز عليها؛ وإطارا للعمل يدعم وظائفها؛ وتوكيدا لنهائية أحكامها.

المبحث الأول
الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية

٨٩- لا تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية ولايتها تشهيا أو تعالياً. ولكنها تعمل فقط على إخضاع الأفرع التى تباشر السلطة، للدستور.

ولأن هذه الرقابة يقتضيها الإيمان بها وبضرورتها، فإن بيئتها ترتبط بنوع وخصائص الديموقراطية التى تحيط بها وتتفاعل معها.

المطلب الأول
الدول الشمولية

٩٠- وكان منطقيا بالتالى ألا يكون لهذه الرقابة موطئ قدم فى الدول الشمولية التى تشكل مجتمعها([1])، وتبلور القيم التى يختص بها، من خلال مفاهيم تستقل بتحديد عناصرها، وأخصها نزعتها الايدولوجية التى تفرضها على مواطنيها، وتدعوهم إلى الدفاع عنها، والقتال من أجلها.

وهى بعد دول لا تتعدد أحزابها، ولا خياراتها. بل تكون مقاليد الأمور جميعها -السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية والقانونية- بيد حزبها هى الذى يحدد لمواطنيها أولوياتهم، ويرصد تحركاتهم، ويقيد حرياتهم، ويتدخل فى أخص مظاهر حياتهم الشخصية، ويعزلهم عن كل صلة تربطهم بالخارج، وإن استثار حماسهم من أجل دعم نظمها والدفاع عن عقيدتها، وحضهم على الإسهام بصورة جماعية فى نشاطها، وهو يصنفهم بين مؤمن بمذهبها، ومعارض لقيمها.

([1]) تناهض الدول الشمولية، الدول البورجوازية، وهى فى اعتقادها تلك التى تتحكم فيها ديكتاتورية القلة الرأسمالية لتباشر سطوتها على البروليتاريا التى تمثل الطبقات الكادحة.

ولأن حزبها منظم تنظيما هرميا وتسلطيا، قائما على الاختيار الدقيق لعناصره، فإن حق الانضمام إليه لا يكون مكفولا لكل مواطن، وإنما يقتصر هذا الحق على صفوة مختارة لها مزاياها وعليها واجباتها، وتتسم بالولاء المطلق لأيدولوجيتها التى يُحمل المواطنون على اعتناقها والانخراط فى فصول دراسية لتعلمها An all- encompassing ideology، وإلا حق ردعهم من خلال الأجهزة السرية التى تتعقبهم، والوسائل القمعية التى تطارد بها الخارجين منهم على نظمها، فلا يكون ترويعهم إلا إرهاباً منظما Organized Terror.

كذلك فإن احتكار الدول الشمولية وسائل الاتصال على اختلافها، مؤداه ألا يطرق مواطنوها أبوابها إلا بإذنها، لضمان صبهم فى قوالبها.

واستبدادها بمصادر الثروة فى إقليمها، يوفر لقوتها عناصر بأسها. وسيطرتها الكاملة على أسلحتها ضرورة تقتضيها بنفسها، لضمان احتكار عناصر القوة بيدها، ولسحق كل تمرد عليها، وردع كل إخلال بنظمها بصورة ماحقة لا تهاون فيها([1]).

المطلب الثانى
الدول السلطوية

٩١- ولا مكان كذلك للرقابة القضائية على الدستورية فى الدول السلطوية التى تنعقد ناصية الأمر فيها لفرد أو لجماعة صغيرة تتخذ شكل أسرة أو طبقة اجتماعية، أو حزبا سياسيا وحيداً([2]).

مثلما هو الحال فى كثير من الدول الأفريقية والآسيوية النامية التى كانت حركاتها من أجل الاستقلال موجهة ضد السلطة الاستعمارية؛ وشعاراتها تفيض بالأمل فى حياة أفضل. وما أن حصل مناضلوها على استقلالهم حتى آل أمر الديموقراطية فيها سرابا.

([1]) Michael G.Roskin- Robert L.Cord - James A.Medeiros and Walter S.Jones, POLITICAL SCIENCE, AN INTRODUCTION, fifth edition, pp 59- 72.

([2]) كان لويس الرابع عشر ملكا لدولة سلطوية عندما قال عبارته المشهورة "أنا الدولة" كذلك كانت أسبانيا فى عهد فرانكو مثالا للدولة السلطوية ولم يكن لدى فرانكو ومؤيدوه أية أيدولوجية يدافعون عنها، وكان التعدد قائما فى الصحافة والاقتصاد، ولكن فى حدود ضيقة. أما الصين فتعتبر مثالا للدولة الشمولية بسحقها الحركة الديموقراطية فى عام ١٩٨٩

ولم يحظ التعليم فيها بدوره المتوقع. وتضاءل دخلها كذلك بعد تراجع استثماراتها. وطحن الفقر والجوع معظم مواطنيها، وصرفهم السعى لضمان قوتهم، عن النضال من أجل حرياتهم السياسية.

ولم يكن اقتصادها كذلك قريباً من الثورة الصناعية، ولا حريصا علـــى الاتصـــال بأســبابها وأدواتها.

وأبصر المواطنين وزن القبيلة، وركزوا اهتمامهم على مصالحها أكثر من سعيهم لتكوين الثروة وضمان تراكمها.

وروج قادة هذه الدول مقولة أن اقتصاد بلدهم وازدهارها، معلق بأيديهم، وبما يصدر عنهم مـن أعمال يكفيها لصحتها أن تكون مبلورة ما يتصورنه من وحيهم كافلا آمال مواطنيـــهم واحتياجاتـــهم. وليس لازما بالتالى أن تكون هذه الأعمال معبرة عن إرادتهم فى مجموعها.

وما يميز الدول السلطوية عن الدول الشمولية، هو أن أولاها لا تتحكم فى كل صور النشاط فى مجتمعها، وقلما يكون لديها أيديولوجية تناصرها وتروج لها.

كذلك يظل جانبا من المسائل العائلية والسياسية والاقتصادية والثقافية بيد مواطنيها. وهى فضلا عما تقدم، لا يعنيها أن تكفل حريتهم، وحزبها الوحيد تتدرج مستوياته وتتصاعد، منتهية جميعها إلى قيادة آمرة لشخص أو لجماعة لا تولى لقيم الحرية والتوافق والتعاضد والعمل بصـــورة مقتـــدرة، إلا دورا ضئيلاً، شأنها فى ذلك شأن بعض عناصر الديموقراطية التى قد تتسامح فى وجودها. ذلـــك أن القيمة الأعلى للدول السلطوية، هى صون نظامها وتحقيق تماسكها من خلال ضمان الخضوع الكامل لها.

كذلك، فإن أكثر ما تتفاضل به النظم السلطوية على الشمولية، هو أن أولاها بوسعها أن تصحح نفسها بنفسها؛ أما ثانيتها فإن تصحيحها لنفسها قد يؤول إلى زوالها(١).

---

(١) مثلما حدث فى الاتحاد السوفيتى الذى تصدع تماما بعد أن حاول التخلص من الشيوعية، ولو بصورة تدريجية.

المطلب الثالث
أثر مفاهيم السوق على التحول الديموقراطي

٩٢- وقد تتحول النظم السلطوية -من خلال اقتصاد السوق، وحسن استغلالها لثرواتها- إلى نظم ديموقراطية تدعمها الطبقة المتوسطة[١] بعد تزايد حجمها وارتفاع مستوياتها التعليمية؛ ونبذها الأفكار الديماجوجية أو التطرفية؛ ووعيها بمصالحها وقدرتها على التعبير عنها؛ وانغماسها فى مهنها وأعمالها؛ وسعيها لتنمية ثرواتها الشخصية، ورصدها أخطاء حكومتها ومحاولتها تقويمها؛ وتلقيها من اقتصاد السوق معلوماتها عن ضرورة تسامحها مع خصومها، والإيمان بالتعددية عملاً؛ والاعتماد على الجهود الذاتية لبناء وتطوير مجتمعها؛ مما يعينها فى النهاية على إيجاد صحافة ناقدة، وضمان حق الاقتراع الحر والعام، وأن تكون الحزبية تعددية بالضرورة.

المطلب الرابع
النظم الديموقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية

٩٣- ولا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية فى مباشرتها لوظائفها إلا فى النظم الديموقراطية التى تمتاز حكوماتها بدعم الجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ وبتداول السلطة سواء فى أشخاص من يتولونها؛ أو فى القيم التى تؤسسها؛ وبقراراتها التى تدعمها أغلبية تظاهرها؛ وبمجالسها النيابية القائمة على ضمان صفتها التمثيلية؛ وبحق مواطنيها فى عصيانها، ومقاومة أوامرها لرد طغيانها، أو لتقويم انحرافها؛ مع التسليم بتكافئهم فى فرص الحياة السياسية[٢]؛ وفى القيمة التى تعطيها الدولة لآرائهم؛ وفى إمكان ترويجها وضمان اتصالها بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وفى حيادها فى مواجهة هذه الآراء؛ وفى موازنتها الحرية بالقيود المنطقية التى تضبط حركتها.

ولا يتصور بالتالى أن تباشر جهة الرقابة على الدستورية ولايتها بصورة جادة فى ظل نظم لا توافق الديموقراطية فى ركائزها وصحيح بنيانها. وهو ما يتحقق بوجه خاص فى دول لا تؤمن بأن للناس جميعهم حقوقاً ترتبط بأشخاصهم، ويقيد ضمانها سلطاتها.

---

(١) للطبقة المتوسطة مصلحة أكيدة فى دعم النظم الديموقراطية لأن مكاسبها ترتبط باستمرار هذه النظم.

(٢) من المؤكد أن المساواة السياسية بين المواطنين فيما يتعلق بالإسهام فى الحكومة والتنافس من خلال الانتخاب على تقلد الوظائف الحكومية، أمر نظرى بحت لأنها تحتاج إلى كثير من المال وإلى روابط عنصرية أو صلات دينية.

وكذلك إذا لم تكن التعددية هى نقطة البداية فى تنظيماتها السياسية والنقابية والفنية والثقافية والدينية؛ أو كان احتكارها الحقيقة تعبيراً عن آرائها الرسمية التى لا تتحول عنها، إنكاراً لحق خصومها فى انتقادها. فلا تتلون مواقفها بغير مصالحها الضيقة.

وكذلك الأمر كلما كان انغلاقها عن الاتصال بغيرها من الدول، أو حجبها وسائل النفاذ إلى معلوماتها، سياسة تلتزمها؛ وتمييزها بين الأحزاب فى بلدها، منتهيا إلى تدخلها فى شئونها؛ وإعراضها عن تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، أو بين القطاعين العام والخاص، أو بين حقوق مواطنيها وواجباتهم، اتجاها ثابتا لها.

المبحث الثاني

نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٩٤- تحرص الدساتير المعاصرة على ضمان الحرية من خلال مدخلين:

أولهما: فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض. وثانيهما: مراقبة كل فرع للفرع الآخر بما يكفل التوازن بينها.

ذلك أن أكثر ما يهدد الحرية هو تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال نصوص قانونية تنال منها أو تقيد من محتواها. ولم يكن منطقيا أن تظل هذه النصوص بعيدة عن شكل من أشكال المراجعة القضائية التي تقوم عليها جهة تستقل عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، كي تفصل من خلال الخصومة القضائية فيما يطرح عليها من طعون في شأن تلك النصوص لتقدر صوابها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور.

وتلك هي المراجعة القضائية التي تختص بها جهة أولاها الدستور سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية جميعها، وسواء كانت هذه النصوص في صحيح تكييفها القانوني، تعتبر تشريعا أصليا أو فرعيا؛ وسواء كان تصادمها مع قاعدة في الدستور، أو مع قاعدة ذات قيمة دستورية، ولا نص عليها في الدستور.

ومن ثم تكون القواعد المنصوص عليها في الدستور، وكذلك أية قاعدة أخرى في حكمها، كافلة حقوق الأفراد وحرياتهم. وإليها تحتكم جهة الرقابة القضائية على الدستورية في إبطال النصوص القانونية الأدنى مرتبة منها، أو تقرير صحتها.

ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانونا أساسيا Basic law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يحيل في شأن تحديدها إلى تشريع.

وهي بعد قيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافا أو تباهيا أو تراخيا، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية نابعاً عن غلواء السلطة وانحرافها عن مقاصدها.

بما مؤداه أن لنصوص الدستور –فى أصول المسائل التى تنظمها وفروعها– الصدارة على ما دونها من القواعد القانونية.

٩٥– ومن غير المقبول بالتالى أن ننظر إلى نصوص الدستور، وكأنها مجرد قواعد توجيهية جردتها السلطة التأسيسية من خاصية الإلزام، وأحالتها إلى مسوخ شوهاء بغير قيمة، وليس لها فى محيط الحياة القانونية أية آثار يمكن ترتيبها عليها([1]) It cannot be presumed that any provision in the Constitution is intended to be without effect. شأن هذا القول شأن إدعاء تناقض نصوص الدستور فيما بينها، أو تخلفها عن مواجهة عصرها، كلاهما سقيم وغير سديد.

وكان لازما بالتالى أن يرتبط إنفاذ نصوص الدستور بصرامة تطبيقها، وأن يكون الدستور هو القاعدة التى تنطلق منها الرقابة القضائية على الدستورية وترتكز عليها، سواء صح ما ادعاه بعض الفقهاء من أن هذه الرقابة تعود فى جذورها التاريخية إلى بعض السوابق القضائية التى أنشأتها([2])؛ أم صح ما قرره آخرون من أن السوابق القضائية فى شأن الرقابة القضائية على الدستورية، لا تدل على ترابطها فيما بينها؛ أو على وحدة اتجاهاتها؛ أو على مساندتها لهذه الرقابة وتوكيدها.

كذلك فإن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها ومخاطرها التى تدعو بعض الدول –والنامية منها بوجه خاص– إلى التردد فى القبول بها. بل إن الدول التى تؤيدها مختلفة فيما بينها حول طبيعة الجهة التى تباشرها، وخصائص تكوينها وحدود ولايتها، وآثار أحكامها أو قراراتها.

إلا أن الحقيقة الثابتة –القانونية والواقعية– تشهد بأن هذه الرقابة –وأيا كان خصومها– تفرض نفسها كضرورة لا نزاع فى ثبوتها، لا لأن هذه الرقابة تحتكم إلى قوانين الطبيعة؛ ولا إلى قوانين فوقها تعد إملاء إلهيا؛ ولا إلى مفاهيم يقتضيها العدل والمنطق فى صورة مجردة، ولا إلى وثائق دينية لها قداستها، وإنما هو الدستور–مكملا بوثائق إعلان الحقوق التى يضمها فى صلبه إذا أحال إليها فى ديباجته– تحتكم إليه جهة الرقابة على الدستورية، لتعلى النصوص الوضعية التى تضمنها على ما سواها.

([1]) Marbury v. Madision 1 Cranch (U.S) 137 [1803].

([2]) من بين السوابق التى تكثر الإشارة إليها، ما قرره لورد Coke فى قضية Dr. Bonham حيث يقول:

In many cases the common law will control acts of the parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common rights and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void.(1610) 8 Co. II3b. II8a, 77 ER.646, 652.

ولا يتصور بالتالى فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أن تنعقد السيادة للقانون بمعنى الكلمة؛ ولا أن يكون إبطاله بحكم تصدره جهة الرقابة على الدستورية، دالا على علوها على السلطة التشريعية أو حطها من كرامتها؛ ولا أن يكون المفوض فى مباشرة اختصاص ما، أصيلا فى مجال الفصل فى مجاوزة حدوده؛ ولا أن تكون مباشرة السلطة انحرافاً عن ضوابط ولايتها؛ولا تغليبا لامتيازاتها على حدود مسئوليتها؛ ولا فصلا لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن ضماناتها.

فذلك كله مما لا يأذن الدستور به أو يرخص فيه.

وكان منطقياً أن يقيم الدستور جهة قضائية تتولى بنفسها -ومن خلال الخصومة القضائية- مهمة فرض أحكامها على المخاطبين بها. فلا يكون الدستور -وكذلك كل وثيقة أخرى لها قوته أو قيمة مبادئه- غير مرجعها الوحيد فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها.

ومن ثم تستقل جهة الرقابة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ فلا هى بجهة سياسية فى تكوينها ووظائفها، ولا هى فرع من السلطة التشريعية أو التنفيذية. وإنما يكون لجهة الرقابة القضائية إجراءاتها وضماناتها. وأخصها حيدتها واستقلالها، سواء كانت رقابتها مقصورة على الفصل فى دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وجريان آثارها فى شأن المخاطبين بها؛ أم كان مناط رقابتها ممثلا فى النصوص القانونية بعد تطبيقها، وهو ما يفترض نشرها فى الجريدة الرسمية، وبدء الميعاد المحدد لسريانها.

وسواء نظم الدستور جهة الرقابة القضائية بوصفها هيئة قائمة بذاتها تنحصر الرقابة القضائية فى يدها؛ أم عقد أمرها للمحكمة الأعلى فى بلده من خلال سلطتها الاستئنافية التى تباشرها على المحاكم الأدنى منها؛ فإن الخصومة الدستورية لا تنحسم إلا على ضوء أحكام الدستور بوصفه وثيقة أصدرتها هيئة تمثل أمتها بصورة أعمق وأشمل، وعلى وجه أكثر توثيقا من السلطة التشريعية وممثليها.

٩٦- ولازم ما تقدم، أن يكون الرقابة القضائية على الدستورية، مفترضها ممثلا فى دستور مدون جامد، فلا يُحتَكم لسواه[١] تقديراً بأن نصوص هذا الدستور هى التى تحدد -بصورة لا تجهيل فيها- قواعد تقاسم السلطة وتوزيعها بين الأفرع التى تباشرها، ونطاق حقوق الأفراد وحرياتهم.

---

[١] يأخذ حكم الدستور، النصوص التى لها قيمه دستورية ولو لم يكن الدستور قد احال إليها فى ديباجته.

كذلك لا يجوز الخلط بين جمود الدساتير من ناحية، وضرورة تطويرها من جهة أخرى. ذلك أن الدستور، وإن كان وثيقة لها خطرها تتوخى تحقيق نوع من التوازن فى الحقوق التى يكفلها لكل سلطة، وفيما يجوز لها أن تقيده من حقوق المواطنين وحرياتهم؛ إلا أن الدستور يظل وثيقة لا يرتبط تطبيقها بزمن معين. وإنما يكون سريانها وبقاؤها مشروطا بقدرتها على الصمود عند انتقال الجماعة من طور إلى آخر تتحول فيه قيمها واحتياجاتها، فلا تبقى على حالها، وإنما يصيبها التغيير فى قليل أو كثير من جوانبها([1]).

ويظل توفيق الدستور مع أوضاع الجماعة التى يعايشها مطلوبا، ولو كان مرنا. وإن صح القول بأن الدساتير المرنة يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التى تعدل بها القوانين التى تقرها. ولا تقوم بالتالى ضرورة لتطوير دستور يجوز أن تغيره السلطة التشريعية بإجراءاتها المعتادة، سواء ورد التعديل على بعض جوانبه، أو تناول تغيير بنيانه بصفة جوهرية.

ولا كذلك الدساتير الجامدة التى لا يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التى تعدل بها تشريعاتها. وإنما يتعين إجراء هذا التعديل على ضوء قواعد أكثر صرامة من تلك التى تلتزمها السلطة التشريعية فى تعديلها لتشريعاتها.

وذلك هو الجمود فى الدستور. وهو جمود لا تقرره إلا هيئة أعلى خرج الدستور من صلبها، وتسمو بمنزلتها على السلطتين التشريعية والتنفيذية المعتبرتان من خلقها وتأسيسها.

ولا شأن بالتالى لجمود الدستور، بالطبيعة النوعية لقواعده، ولا بمضمونها. ذلك إن نصوص الدستور -ولو لم تكن لها طبيعة القواعد الدستورية بمعنى الكلمة([2])- تظل جامدة إذا أحاطها الدستور بضمانة تحول دون تعديلها وفق القواعد الإجرائية التى تعدل بها السلطة التشريعية قوانينها.

([1]) Kamper v.Hawkins, I Vrginia Cases 20,38 (1793).

أنظر كذلك ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية McCulloch V.Maryland 17 U.S. 4 Wheaton 316,(1819) حيث جاء فى الحكم الصادر فيها ما يأتى:

"It is a constitution which we are expounding, but the constitution was intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs".

([2]) قررت المحكمة الدستورية العليا فى مجال تعريفها بالقوانين المكملة للدستور، أن هذه القوانين هى التى تتناول فى مادتها، القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلو منها فى الأعم أية وثيقة دستورية، والتى يتعين حتى يكون التنظيم التشريعى مكملا لها أن يكون مفصلا لحكمها، كالقواعد المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة. ولا كذلك القانون الذى يحدد أحوال فصل الموظفين بغير الطريق التأديبى أو الذى يصدر فى شأن التعبئة العامة.

"دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٥مايو١٩٩٣؛قاعدة رقم ٢٢/١/٢/٣/٤/٥- ص٢٦١ وما بعدها من الجزء الخامس من المجلد الأول من أحكامها.

٩٧- كذلك تختلف عملية تطوير الدستور، عن السلطة التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال فهمها للواقعة المتنازع عليها، والنظر فى القاعدة القانونية التى ينبغى تطبيقها عليها انتقالا بها من صورتها المجردة، إلى تطبيقاتها العملية فى حالة بذاتها يبلورها نطاق الخصومة المطروحة عليها.

وإنما ينحل تطوير الدستور إلى عملية خلق وإبداع لا تفترض ثبات نصوص الدستور فى معانيها. ولا فهمها بصورة واحدة فى أزمان مختلفة. ذلك أن تطوير الدستور عملية متجددة تجد مصدرها فى الأوضاع القائمة فى لحظة زمنية بعينها، وضرورة مواجهتها بالحلول التى تلائمها. فذلك وحده هو الضمان النهائى لحيوية الدستور وقدرته على الصمود، وتحقيق مصالح مختلفة لأجيال متعاقبة. ويظل تطوير الدستور عملية منطقية تفترض وجود علاقة من نوع ما بين نصوص الدستور والمعانى التى أعطتها لها جهة الرقابة القضائية على الدستورية([1]) وهو ما لا يتحقق بانتزاع هذه الجهة لقيم يستحيل ربطها بنصوص الدستور؛ أو عن طريق فرضها لتصوراتها الشخصية على نزاع مطروح عليها بما يضعها فى مركز المشرع الأعلى([2]) Superlegislature.

ويظل تطوير الدستور مطلوبا فى حدوده المنطقية، وضروريا فى الدساتير الجامدة بالنظر إلى القيود الإجرائية الباهظة التى تحيط بتعديلها، بما يعسر إجراء هذا التعديل فى الأعم من الأحوال.

([1]) أنظر فى ذلك الرأى المخالف للقاضى Black,J. فى قضية:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479,520 (1965).

حيث يقول:

"Judicial creativity is essential to constitutional interpretation, but as Justice Hugo Black, dissenting in Griswold, warned" ,unbounded judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention".

([2]) أنظر الرأى المخالف للقاضى Holmes فى قضية:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

وكذلك الرأى المخالف للقاضى Black فى قضية:

Harper v. Virginia State Board of Elections. 383 U.S. 663.678 (1966).

"When a "political theory" embodied in our Constitution becomes outdated, it seems to me that a majority of the nine members of this Court are not only without constitutional power but are far less qualified to choose a new constitutional political theory than the people of this country"

ولئن صح القول بأن الدستور هو الركيزة التى تنطلق منها جهـــة الرقابـــة القضائيـــة علـــى الدستورية فيما تفصل فيه من مطابقة النصوص المطعون عليها للدســـتور، إلا أن لـــهذه الجهـــة أن تستنهض فى مجال تفسيره كافة الحقائق التاريخية، وأن تعمد إلى فهمه بالاســـتهداء بغـــير الحقـــائق التاريخية من المصادر، كالسوابق القضائية بقدر تعلقها بالنزاع المعروض عليها، وإن ظل محظـــوراً أن تكون رؤيتها للدستور تصورا شخصيا من جانبها. ما لم يكن هذا التصور متصلا بمواجهة تغيـــير هام طرأ على الجماعة(١).

---

(1) W.J .Brennan, Jr. "Inside View of the High Court", New York Times Magazine 35 (6 October 1963); See also I. Kaufman, Remarks, "The Courts in Peril" The Palm Beach Round Table, 3-4 (10 February 1983).

المبحث الثالث

الإطار الذى تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

٩٨- فإذا استقام لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، اختصاص الفصل فى دستورية القوانين، فإن ديناميكية نشاطها ترتبط بعدد من العوامل أهمها درجة استقلالها، وحدود ولايتها، والقيود على ممارستها، وكيفية مباشرتها لوظيفتها القضائية عملا.

فليس متصورا أن يكون دور هذه الجهة فاعلا فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذا كان كيانها تابعا لجهة حكومية توجهها وتحدد لها ما تفعل.

وإنما يتعين أن تكون جهة الرقابة القضائية، قائمة بذاتها، وإن دل العمل على تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية فى تشكيلها لتطبعها بتوجهاتها.

ولا يجوز للدستور أن يكل إلى المشرع تحديد نطاق ولايتها ليوسعها أو يضيقها وفق ما يراه. ذلك أن تركها فى يده، مؤداه أن يستقل ببيان حدودها، وأن ينقض عليها إن أراد فلا يتوافر لجهة الرقابة القضائية ضمانة استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. وقد تغير السلطة التشريعية من عدد قضاه هذه الجهة -إذا لم يكن الدستور قد حدده- بقصد التأثير فى قراراتها([1]).

ولا يجوز فى أية حال أن يعامل قضاتها بوصفهم من موظفى الحكومة العاملين فى خدمتها؛ ولا أن تتقرر مرتباتهم بصفة شخصية؛ ولا أن تنزل بها السلطة التشريعية عن الحدود الدنيا لاحتياجاتهم؛ ولا أن تتحكم هذه السلطة فى ميزانية جهة الرقابة القضائية([2])؛ ولا أن يقرر المشرع إنهاء خدمتهم بالرغم من صلاحيتهم وحسن سلوكهم([3]).

([1]) Robert H. Jackson. "The Supreme Court in the American System of Government". Views from the Bench, 1990, printed in India, New Delhi, p.20.

([2]) بالرغم مما تنص عليه المادة ٥٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن لها موازنة مستقلة تعد على نمط الموازنة العامة للدولة، إلا أن وزارة المالية لها الكلمة النهائية فى شأن الأموال التى ترصد فيها، وهو ما ينال من استقلال المحكمة ويقوى قبضة السلطة التنفيذية عليها.

([3]) يظل قضاة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى مناصبهم حتى موتهم ما برحوا حسنى السمعة، كذلك فإن مرتباتهم تكفل لهم حياة كريمة ولا يجوز خفضها.

فذلك كله مما يعين السلطتين التشريعية والتنفيذية على إخضاعهم لضغوط تؤثـر فـى عملـهم، خاصة من خلال إغوائهم بالمزايا التى يستطيعون الحصول عليها فيما لو تضاءل دورهـم، أو همـد نشاطهم.

كذلك فإنه مما يناهض استقلال جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانيـن، أن يعـهد إليـها بأعمال لا شأن لها بالوظيفة القضائية التى تتولاها. كأن تأذن برصد محادثة تليفونية أو أن تقدم لجهة إدارية -وبناء على طلبها- آراء استشارية تبديها لها، أو أن تفصل فى غير خصومة قضائية تثـير تقابلاً وتناقضاً حاداً بين مصالح أطرافها.

ويعتبر تعديا على جهة الرقابة على الدستورية، منافيا لاسـتقلالها عـن السـلطتين التشـريعية والتنفيذية، تدخل إحداهما فى تنفيذ أحكامها، سواء من خلال تحوير مضمونها، أو إسقاط حجيتـها، أو عن طريق إرجاء إعمال الآثار القانونية المترتبة عليها.

ذلك أن عوائق التنفيذ هذه إنما تحول بمضمونها أو أبعادها، دون اكتمال مداه، فلا تتصل حلقاته ببعضها، ولا تتضامم فيما بينها، ليفقد الحكم جدواه من خلال تعطيل جريـان آثـاره بتمامـها دون نقصان.

وعوائق التنفيذ هذه، هى التى حرص قانون المحكمة الدستورية العليا بنص مادته الخمسـين، على هدمها، وإنهاء الآثار القانونية التى أحدثتها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالتـه السـابقة علـى نشوئها، ولو كان مصدر هذه العوائق قانون أقرته السلطة التشريعية، ينال من التنفيـذ فـى حقيقتـه ومضمونه، ويعطل البدء فيه، أو استكمال بدايته([1]).

وفى مواجهة هذه العوائق جميعها، يكون بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرهـا، السـلطة الكاملة التى تزيلها بها. فلا يصير لها بعد تدخلها -ومن خلال منازعة التنفيذ التى يطرحها عليها كـل ذى شأن فيه- من وجود، على أن يكون مفهوما أن هدمها لهذه العوائق يتخذ إحدى صورتين:

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤- القـاعدة رقـم ١/٦ ص ٨٢٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

أولاهما: أن يتمثل عائق التنفيذ فى قرار صدر عن جهة إدارية. وعندئذ ينعدم هذا القرار ويعامل باعتباره مجرد عقبة مادية لا تولد آثاراً قانونية. ولكل ذى شأن أن يتجاهلها وأن يدفعها بما يراه من التدابير. ذلك أن العدم نقيض الوجود. ويستحيل إحياء العدم من جديد، إذ الساقط لا يعود.

ثانيهما: أن يكون هذا العائق قد نجم عن قانون صدر عن السلطة التشريعية، وعندئذ تبطل المحكمة الدستورية العليا هذا القانون لخروجه على ضوابط الشرعية الدستورية، وأخصها خضوع الدولة بكامل بتنظيماتها للقانون بمعناه العام على ما تقرره المادة ٦٥ من الدستور.

ويؤيده كذلك أن ولاية المحكمة الدستورية العليا فى مجال الفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، مردها إلى نص المادة ١٧٥ من الدستور.

فإذا عطل المشرع تنفيذ أحكامها -وحجتها متعدية إلى الناس كافة، وإلى السلطة بكل تنظيماتها- دل ذلك على إفراغ ولايتها من مضمونها([1]) بما يخل بحقيقة أن نصوص الدستور هى التى تكفل للحقوق التى تصونها، ضماناتها العملية، وإلا صار الدستور وثيقة جوفاء، قاتمة ألوانها.

وتبدو هذه الحقيقة أكثر ما تكون وضوحا فى الدول الفيدرالية التى تقوم فيها محكمة عليا فيدرالية وحيدة، تعمل -من خلال أحكامها- على تحقيق التوازن الدقيق بين اختصاص الاتحاد ووحداته الإقليمية. فإذا دهمته أو شوهته السلطة الاتحادية هى أو ولاياتها، اختل هذا التوازن، بما يهدد كيان الاتحاد إلى حد انفراط عقده.

٩٩- كذلك فإن لجهة الرقابة على الدستورية، أسلوبا للعمل يصون سرية مداولاتها التى تحيط بكل القضايا المعروضة عليها، ما لم يكن من اختصاص هذه الجهة أن تحدد بنفسها ما تنظره منها To decide what to be decided.

([1]) أحيانا يتحقق الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية حتى فى الدول العريقة فى ديموقراطيتها، فقد اعترض الرئيس الأمريكى جاكسون على حكم لم يعجبه صدر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، فقال مخاطبا رئيسها جون مارشال ومتهكما "لقد اتخذ مارشال قراره، وعليه الآن أن ينفذه".

"Marshall has made his decision , - now let him enforce it".

وهى فى كل حال لا تفصل من منظور مجرد فى نزاع تقرر السير فيه، ولا بما يناقض وحدة الجماعة واستقرارها. وليس بوسعها أن تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يخرجها عن معانيها الواضحة، فى إطار سياقها، وعلى ضوء موضوعها، ووفق أغراضها.

ومعانيها هذه هى التى تحدد حقيقة النصوص المطعون عليها ووجهتها(١)، فلا يجوز تحريفها.

يؤيد هذا النظر، أن الكلمة الواحدة يستحيل أن يحملها العقل على معنى واحد فى كل الفروض(٢).

وينبغى بالتالى فى مجال تفسير النصوص القانونية المطعون عليها -وعلى الأخص إذا شابها غموض فى بعض جوانبها أو أحاطها فى كل أجزائها- الرجوع إلى مضابط السلطة التشريعية، وإلى أقوال أعضائها، وشهادة الخبراء الذين استدعتهم فى لجان الاستماع، وكذلك إلى الحقائق التاريخية، خاصة وأن هذه الوثائق جميعها قد تقدم إجابة من نوع ما على فروض لم يتوقعها المشرع، أو يأخذها فى اعتباره، بما يجعل هذه الفروض مسائل مسكوتا عن تنظيمها.

١٠٠- ويلاحظ كذلك أن قراءة النصوص القانونية، مسألة مختلفة من كل الوجوه عن إعادة كتابتها.

كذلك فإن قراءتها، قد تدل على أن ما هو مدون فيها، يناقض روحها ونوايا المشرع فى شأنها(٣).

وإخضاع النصوص القانونية المطعون عليها فى مجال تفسيرها لضوابط منطقية، حقيقة قانونية لا نزاع فيها. ويندرج فى إطار هذه الضوابط:

أولاً: أن القانون الباطل لا ينقلب صحيحا لمجرد قدم العهد على تطبيقه.

---

(1) Oliver.W.Holmes "The Theory of Legal Interpretation", in Collected Legal Papers 207 (New York: Harcourt, Brace 1920).

حيث يقول:

"We do not inquire what the legislature meant , we ask only what the Statute means".

(2) McCulloch v.Maryland, 17 U.S. (4 wheat) 316,314 (1819).

(3) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 139,201 (1979).

ثانياً: أن عناصر خارجية ينبغى الاعتماد عليها فى مجال الفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع القاهرة التى أحاطتها عند صدورها.

ثالثاً: أن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل بباقيه.

وإنما يجب فصل النصوص التى أبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التى تواجهها، بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها واقعة فى إطار وحدة عضوية لا تنفصم مكوناتها، وألا يكون منافيا لحكم العقل تطبيق ما بقى من نصوصه بعد إبطال أجزائه المناقضة للدستور.

رابعاً: أن القيود التى تحد بها السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانونا. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون فى نزاع معروض عليها، أو من الفصل فى دستوريته، إلا بناء على نص فى الدستور.

خامساً: أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح فى القيود التى يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، واتفاقها مع القيود التى تقابلها، والمعمول بها فى الدول الديموقراطية الحرة.

سادساً: أن النصوص القانونية ينبغى أن ترتبط عقلا بالأغراض التى تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص -كوسائل أتخذها المشرع- تحقيق الأغراض التى استهدفتها.

سابعاً: أن الإجماع ليس مطلوبا فى قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضاتها بين مؤيد ومعارض لغالبيتهم، وأن يكون موقفهم من حكمها إما انحيازا لمنطوقه والدعائم التى قام عليها؛ وإما استقلالا عنها بما يعارضها كلية، أو يوافقها فى بعض أجزائها.

ثامناً: يفترض فى النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضى تفسير هذه النصوص -وبقدر الإمكان- بما يجنبها مناقضة أحكامه.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاق، بل يتعين حصره فى نصوص الدستور التى تنظم تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحرياتهم التى يعامل كل عدوان تشريعي جسيم

عليها باعتباره مشتبها فيه، مقتضيا رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالا بها(١).

١٠١- والأصل فى جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مداولاتها بعد أن يقوم رئيسها بعرض لواقعة النزاع وبيان حكم القانون بشأنها بصورة مبدئية، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاة هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التى تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، يدلى القضاة بأصواتهم بدءا من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحدثيون فى إبدائهم لآرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكا فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض فى الأقدمين أنهم افصحوا عن توجهاتهم فى المرحلة الأولى من مداولاتهم، بل إنهم قد يتدخلون فى مرحلة الاقتراع قبل اكتمالها، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحدثين.

ولا مخرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مداولاتها فى مرحلة واحدة يندمج فيها عرض واقعة النزاع وشرحها، بالاقتراع على حكم الدستور فى شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضاتها. بل من أحدثهم صعودا إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل فى المحكمة الدستورية العليا.

وبانتهاء المداولة فى القضية المعروضة، يقوم عضو جهة الرقابة بإعداد مشروع حكم يبلور فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التى يتعلق بها هذا المشروع.

وما ينبغى أن يلاحظ فى هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيع القضايا:

<u>أحدهما</u>: أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة فى شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقررا للقضية التى أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مداولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع، بجوانبها المختلفة مع

---

(١) Gerald- A. Beaudoin. "La Constitution du Canada". 2e tirage revise 1991,p.164-166, 170.

تصور مبدئى لحكم القانون بشأنها. ثم يقوم كل عضو -بدءا من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية- فى النزاع المطروح([1]).

وثانيهما: أن يقوم رئيس جهة الرقابة على الدستورية -وبعد انتهاء مداولاتها المبدئية- بتوزيع كل قضية على من يختاره من أعضائها.

وفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولى، هو أن عملية التوزيع فى الطريقة الثانية لا يجريها الرئيس إلا بعد وقوفه على آراء الأعضاء جميعهم، وتعرفه على من يكون من بينهم أكثر قدرة على إعداد مشروع الحكم من زاوية معلوماته الأعمق، أو توجهاته الأقرب من صورة النزاع وحقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للأقدر على تدوين مسودة الحكم فى صورتها الأولية.

وينعكس ذلك بالضرورة على عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية؛ وعلى الدور الذى يلعبه رئيسها فى مجال تنشيطها. وهو دور يظهر بوضوح متى اختار الرئيس قاضيا من الأغلبية يكون أكثر اقترابا من الأقلية فى وجهة نظرها، حتى يحصل على توافق فى الآراء حول الصيغة النهائية لمشروع الحكم قبل صدوره.

وقد يختار الرئيس أن يعد هو مسودة مشروع الحكم فى القضايا الحيوية، أو التى تعتبر علامة بارزة فى اتجاه تعميق دور المحكمة.

وفيما عدا هذا الاستثناء، فإن القاضى الموزعة عليه القضية، هو الذى يقوم بتدوين مشروع الحكم الصادر فيها، باذلا فى ذلك كل جهده بالتعاون مع معاونيه فى بعض النظم، ومنفردا فى نظم أخرى([2]).

ثم يعرض هذا المشروع فى صورته المبدئية على القضاة جميعهم. ويعتبر هذا العرض محوريا فى مجال تحديد الصورة النهائية للدعائم التى يقوم عليها الحكم. ذلك إن القضاة -ومن خلال سبرهم لهذا المشروع واستشرافهم أبعاده- قد يغيرون من أصواتهم، وينحازون لفريق دون آخر. فلا تكون

([1]) هذه الطريقة هى المعمول بها فى المحكمة الدستورية العليا.

([2]) فى الولايات المتحدة الأمريكية يعد القاضى المشروع المبدئى لمسودة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين فى علم القانون العاملين فى مكتبه Law Clerks. ولا وجود لمثل هذا النظام فى مصر.

مواقفهم فى صورتها النهائية، غير طرح جديد لموضوع النزاع، على نحو يؤدى إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكتلهم من جديد فى اتجاه دون آخر.

وهو ما يعنى أن القضاة قبل أن يتخذوا قرارا نهائيا فى مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى فى أحاديثهم التليفونية أو الجانبية أو عن طريق أوراق يتبادلونها فيما بينهم، أو على موائد الطعام التى تجمعهم، أو تضم فريقا منهم.

ومنهم من يعرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر فى الصورة النهائية التى يوافق القضاة عليها([1]).

وكثيرا ما يفضى تعمق مشروع الحكم من خلال تقليبه على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يمحصونه، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى تبادل الأغلبية والأقلية لموقعيهما.

بل إن القاضى المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد يلفت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نواحى هذا الخطأ مرفقا بها تصوره الجديد لمشروع بديل. فإذا أقروه، كان ذلك هو الحكم النهائى فى الدعوى.

وفى ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التى يتعرض لها القاضى الذى يعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تعبر بدقة عما قصدته الأغلبية حقا وصدقا، وأن يكون كافيا -فى الدعائم التى يقوم عليها- لقبولها به.

وسعيه فى ذلك يدل على الإستراتيجية التى يختطها فى مجال إقناعهم بوجهه نظره. وهو يخاطبهم جميعا وكأنه يرقص كالمقاتلين بسيوفهم، كى يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون المشروع النهائى للحكم، إلا ثمرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة، تؤيدها دعائم كافية للحكم يكون مدخلها تفاوضا مضنيا، أو حتى المساومة أحيانا.

ولا كذلك القضاة الذين يدونون آراء منفصلة -موافقة أو معارضة للأغلبية- ذلك إنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

([1]) W.Brennan, Jr., "State Court Decisions and the Supreme Court" Pensylvania Bar Association Quarterly, 405 (1960).

وبينما يفصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم فى انطلاق، فإن القاضى الذى يعبر عن وجهة نظر الأغلبية، كثيرا ما يكون حريصا، يعطى لكل كلمة تضمنها الحكم وزنها، نائيا بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا فى سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة فى مجملها إلا تعبيراً متكاملا عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضى بالتالى، أن يعطى تصورا عما ينبغى لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذوه مستقبلا، وإن كان ذلك هو ما ينحاه المخالفون للأغلبية، الذين يتصورون غالبا أن آرائهم تبلور الحقيقة التى نقضها الحكم الذى خالفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لابد أن تعدل يوما عن خطئها السابق.

وهم إذ يعلنون مخالفتهم لرأى الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم، فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية فى واقع الأمر.

وقد يكون جهرهم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية يحملها على أن تصوغ حكمها فى حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراته، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما مؤداه أن توزيع مسودة مشروع الحكم على القضاة فى مجموعهم، ينير الطريق إلى بلورة أحد لآرائهم، وإلى دعائم أوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الأدق لضبط معانيه، وإلى التركيز على صورته الإجمالية، كى يكون أكثر إقناعا وحسما.

١٠٢- وفى إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية لقراراتها -الناجمة عن قدرة على إجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة فى النظر فى الدعائم التى يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تعديلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائى أكثر تعبيرا عن آراء متوافقة متوازنة- لا يكون دور رئيسها جانبيا، وإنما يظهر بين زملائه كرمز للجهة القضائية التى يرأسها، The Tituler Head. فهو يعد جدول القضايا التى تنظرها، ويدير مداولاتها، ويتصدر جلساتها، ويقود الحوار فى النقاط التى يدور الجدل من حولها. وهو -فيما بين زملائه- الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالا بالجهة القضائية التى يرأسها باعتباره متوليا أدق شئونها، كافلا تكاملها فى إدارة مهامها، واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤثرا فى اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقوته وتميزه، يتحدد لهذه الجهة طريقها سلبا أو إيجابا، فلا

تتطبع عليها غير صورته فى عزمها ولينها؛ فى انطلاقها وتراجعها؛ فى حيويتـــها وخفوتـــها، فـــى نهوضها وكبوتها.

١٠٣- وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التى تنظرها وتعقدها من جهـــة؛ وضرورة نظرها بما يجنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك إن تقدير هذه الجهة وعلو مكانتها، مرتبط بكفاءتها فى إنجاز عملها؛ وبقدرتها على حســم المسائل التى تعرض عليها دون تردد، خاصة ما يتعلق منها بالملكية وبالحرية وبالحق فى الحياة.

كذلك، فإن ما ينبغى أن تتسم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بيـــن قضاتـــها بديـــلا عـــن التناحر. فلا تجد الآراء المتصلبة طريقها إليهم. بل ينبغى أن يكون تنافسهم من أجل الحقيقة؛ وخلافهم دائرا حولها؛ وجدلهم مهنيا لا شخصيا؛ خاصة وأن كثيراً من المسائل التى يتناولونها ببحثـــهم تثـــير نقاطا قانونية بالغة الدقة. وقد تختلط فيها السياسية بالقيم الاجتماعية والخلقية كتلك المتعلقـــة بعقوبـــة الإعدام، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطبوع الداعر، وقواعد تطبيـــق شـــرط الحمايـــة القانونية المتكافئة، وصور العدوان على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانتهم، أو احتجـــازهم بـــدون حق.

وانتصارهم للحقيقة وحدها، يدعوهم فى بعض الدول إلى إعلان آرائهم المخالفة -التى قد تكون أحيانا حادة فى نبرتها- وتسجيلها([1]).

وتبدو أهمية هذه الآراء وضرورتها فى أنها تقوم على تشريح كامل لرأى الأغلبيـــة، وتحليـــل لجوانبه المختلفة، بما يحول دون تحكم الأغلبية، ويلزمها بأن تصوغ حكمها بطريقة متعقلة.

([1]) فى بعض النظم كمصر، لا يعرف أحد من الذى دون الحكم، وما هى حقيقة الاعتراضات التى أبداها بعض قضـــاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوما عن الناس تذرعا بقاعدة سرية المداولة التى نخرج بها فـــى مصـــر عـــن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغى أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التى يعبرون بها عن موقفـــهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجدل المهنى وتبصير للرأى العام بأن هناك مسائل خلافية لم يتحسم أمرها بعد عند القضاة المخالفين، وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. وفى ذلك إثراء للبحث العلمى بديلا عن القاعدة المعمول بها فى مصر التى تدعو إلى التواكل والسـلبية، وكذلك الانتهازية أحيانا، من خلال تكتل بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ؛ وهم آمنون أن أحدا لن يعرف شيئا ممـــا يفعلون.

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة، لها من قوتها، ومتانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلا جاذبة لأغلبية جديدة تنحاز لها.

وهو ما يعنى أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، وأنهم لا يميلون لغير الحقيقة التى يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعقد المسائل التى يبحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون فى إطار كتلة محافظة، أو متحررة، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صوابا.

١٠٤- وفى مصر لا يجوز لقاضٍ فى المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها فى نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صوابا، وحجته أكثر إقناعا، وفهمه لواقعة النزاع وبصره بجوانبها، حديداً.

وإنما يظل رأيه مكتوما، ودعائمه غائبة عن أن تتصل يد بها، والحقيقة التى آمن بها مطمورة فى زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا إحاطته بأبعاد موضوع معين منتجا.

وعليه بالتالى أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع الحكم معهم، وكأنهم جميعا متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده.

وحتى القاضى الذى صاغ الحكم بيده، وعبر فيه عن رأى الأغلبية بألفاظه، وبالدعائم التى ساقها باجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على التذرع بسرية المداولة، تقارنه محاذير كبيرة أهمها:

أولاً: أن لكل قاضٍ شخصيته وثقافته وتوجهاته التى ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم يجهل به، فإن دوره فى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه فى نشاطها، يظل خافيا.

وهو ما يناقض ما عليه العمل فى الدول المتحضرة جميعها، وفى محكمة العدل الدولية ذاتها التى تفصل فى مسائل بالغة الدقة يتعلق بعضها بحقوق السيادة التى تتنازعها الدول التى تمثل أمامها. ذلك إن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهدهم ممثلا فى أحكامهم التى دونوها بأيديهم.

وبقدر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة ذكائهم، ونوع أبحاثهم القانونية، ودرجة ثرائها، يكون لأحكامهم ولاجتهاداتهم قيمتها وأصالتها. وفى ذلك تقييم لكل قاضٍ من منظور موضوعى.

ثانياً: أن لسرية المداولة مفهوما ينبغى أن ينحصر فى المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يثور بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم التوفيق بين جوانبها، ونظرهم فى مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعديلهم بعض أجزائه ومراجعتها، حتى يظهر فى الصورة التى يرتضونها.

فإذا ما صدر الحكم، فإن ما اتفق عليه القضاة، وإن كان يبلور رأى الأغلبية التى يصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل منسوبا فى صياغته إلى القاضى الذى أعلنه باسمها.

أما القلة التى تعارضه، فإن من حق كل فرد فيها أن يسجل علانية رأيا مخالفا للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التى يؤمن بها. فلا ينزع إلى آراء لم يقم بدراستها؛ أو بحثها بصورة عرضية غير نافذة؛ أو انحاز فيها إلى فريق دون آخر بغير وعى بنتائجها؛ أو أبداها دون غوص فى بحارها. وإنما يعلن رأيا موثقا ومدعوما، قائما على ما يراه أكثر صوابا وأمتن عارضة. فلا يكون رأيه المناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكدا استقلال شخصيته، ويقظة ضميره.

ثالثاً: أن ما نلحظه اليوم فى كل جهة قضائية، أن سرية المداولة هى الذريعة التى يتخفى وراءها بعض القضاة الذين يتسلبون من واجباتهم، فلا يعيرونها التفاتا، قانعين بأن تدير الحوار وتوجهه قلة من بينهم. فلا يحتاجون إلى مبادلتها عمق بعمق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها. وإنما يؤثرون صمتا أو دوراً متضائلا، بدلا من أن يكون جهدهم علما نافعا.

رابعاً: أن من حق القضاة الذين تتناضل آراؤهم مع زملائهم فى إطار من الحقائق العلمية، أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحا وقاطعا.

فإن هم عارضوا وجهة نظرها، فإن تسجيلهم لآرائهم هو الضمان لبيان نواحى الخطأ والقصور فى الحكم. فلا يركنون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يقترعون لصالحها ممالأة لها، ولا يعارضونها بغير حجة ظاهرة، وإنما يحرصون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التى تطمسها.

خامساً: أن الذين وضعوا الدستور، صاغوه فى لغة عامة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواءمة هذه اللغة مع أوضاع تتغير باطراد فى الجماعة التى تعايشها.

وهذه اللغة العامة، هى التى تتحقق بها المرونة الكافية التى يواجه بها القضاة صورا من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تثور أصلا لو لا تخلى السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية([1])، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها الترضيـة الملائمة لهذه الأوضاع.

ذلك أن قضاة جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمـير أمتهم وصوتها، فلا يكون تدخلهم على هذا النحو، إلا تطويراً للدستور بصورة تعمق حياته وتثريـها A living Constitution with a Vengeance.

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بغـير قضاتـها الذيـن يفسرون اللغة العامة للدستور، وتتعدد تأويلاتهم بشأنها؛ إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر يقظـة فى مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتفاقـا مـع روح العصر.

فلا تكون مناقشاتهم حول معانى الدستور، وما ينبغى أن يعتبر تطويراً لأحكامه، جدلا دائراً فى غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها. بل يتعين فى مرحلة بذاتها أن تكون آرائـهم معلنـة وقوفـا عليـها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقيما لا يجاوز اللحظة الزمنية التى تم فيها، ومُجَهَّلا، فلا يعرفه غير القضاة الذين أداروه.

سادساً: ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوبا اليوم مـن جهـة الرقابـة القضائيـة علـى الدستورية، ليس موقفا سلبيا من الدستور. بل قوة دافعة ومتدفقة لا تُضَيِّق من حقوق الأفراد وحرياتهم أو تَضيق بها، بل توسعها، ولا تغض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمد يدها إليها لحمايتـها، ولا تكفل لكل جماعة أسيء تمثيلها Underrepresented غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

([1]) من بين ذلك تخلى السلطة التشريعية فى مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة فـى العلاقـة بيـن المؤجـر والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على التدخل فيها من خلال الحلول القضائية التى قررتها لها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغى أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة؛ وإلى تعميق مناطق مألوفة دروبها؛ وإلى فرض قيم تراها الجماعة ضرورية لتقدمها، أو تكون لازمة لإصلاح شأنها([1])؛ بما يعيد التوازن فى المصالح، بين قطاعاتها المختلفة.

وقد يقال بأن توقد نشاطها على هذا النحو، يعود فى مضمونه ومداه، إلى قضاة متحررين، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين، إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج التقدمى لجهة الرقابة القضائية، وربما عقد هذا التفسير.

والأدق أن يقال بأن نشاطها ينبغى أن يتأثر بعدد من العوامل تعود فى أغلبها إلى التدخل المتزايد للسلطة حتى فى أخص الشئون؛ وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح فى الأوضاع التى تتعامل معها؛ وإلى رحابة التعليم القانونى واتساع دائرته؛ وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التى تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة Public- interest litigation؛ وإلى قهوة وسائل الإعلام وضغوطها؛ وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية؛ وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تحيط بالمسائل المتنازع عليها؛ وإلى رفض أنصافها أو جوانبها التوفيقية التى تدعو إليها السلطة السياسية؛ وإلى ترسم كل سلطة ضوابط المعقولية فى تصرفاتها؛ وإلى أن اقتصاد السوق ينبغى أن يكون متوازنا وخلقيا ونائيا عن الاحتكار، وقائما على التنافس المشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تدخل هذه العوامل جميعها فى اعتبارها، وأن تزن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الحلول العادلة هى نهاية بحثها؛ فلا تعبأ فى أحكامها بأثرها على المواطنين؛ ولا بقبولهم أو رفضهم لها؛ ولا بأثرها على السلطة التى قد تعارضها.

([1]) ومن ذلك قيم التوازن فى المصالح التى فرضتها المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها العديدة التى أبطلت بها كثيرا من النصوص القانونية التى تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر Landlord- tenant relationship [أنظر فى ذلك حكمها فى القضية رقم ١١ لسنة١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) ص ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها].

كذلك فإن الشروط التى يقوم بها حق المرأة فى إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويندرج تحتها كذلك القواعد التى تنظم حق الاقتراع العام، وشروط الاستخدام فى الوظيفة العامة، وشروط استعمال الوسائل الواقية من الحمل Birth control.

فذلك كله بعيد عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالقيم التى يجب أن ترعاهــــا، ولا بالصورة التى يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوهجا بضوء الحقيقة التى تتحدد على ضوئها خطاها([1]).

([1]) ولنا أن نتساءل أليس ضوء الحقيقة أفضل من إظلامها. وهل يتحقق للحكم الصادر فى المسائل الدســتورية، دوره الإيجابى فى الإطلال على الحقيقة، إذا ظل رأى المخالفين لأغلبيته محجوباً. إن بعض الذين يدافعون عن نظـــام سرية المداولة المعمول به فى مصر، هم قضاة استناموا للتواكل والسلبية. ذلك أن إبدائهم لآراء مخالفـــة يلزمـــهم بالاجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضاة المخالفين، لآرائهم، يخل بالثقة الواجبة فى الحكـــم القضائى، فوصم للمواطنين فى مصر بالجهل، وبأنهم أقل وعيا ووزنا من شعوب أخرى.

المبحث الرابع
نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية

١٠٥- لا تصدر جهة الرقابة القضائية على الدستورية أحكامها إلا فى نزاع يتصل بالمسائل الدستورية التى أثارها. وبقدر تعلق أحكامها بهذا النزاع، تكون لها حجيتها ونهائيتها، التى لا شأن لها برجعية أثر الحكم الصادر فيه، ولا بتطبيق هذا الحكم بأثر مباشر. ذلك أن ما يقصد بنهائية أحكامها، هو أن تكون مستعصية على الجدل فلا يراجعها أحد فيها، كى تكون أحكامها معبرة بصفة مطلقة وحاسمة عن الحقيقة القانونية التى دونتها.

ومن ثم ترتبط النهائية، بنصوص بذواتها أثارتها الخصومة الدستورية، فلا يجرد الحكم هذه النصوص من قوة نفاذها أو يبقيها على حالها([1])، إلا على ضوء تطابقها أو مخالفتها للدستور، ليكون قضاءه فى ذلك فصلا.

وتلك هى السلطة النهائية التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور.

وهى بعد سلطة تنفرد بها ولا تزاحمها فيها جهة غيرها، وتسقط بها كل قانون يناقض الدستور([2]) حتى تعطيه وجهه الصحيح Son Vrai Visage، وإلى حد أن قرر القاضى Charles Evans Hughes بأن الدستور هو ما يقرر القضاة اعتباره كذلك([3]) ذلك أن الحكم الصادر عنهم لا يتعلق إلا ببيان حكم القانون فى نزاع من طبيعة دستورية معروض عليها. وهم لا يصدرون حكمهم لإقناع غيرهم بالدعائم التى قام عليها؛ ولا فى صورة مجردة تتسم بالتعميم؛ ولا على نحو يجاوز ما يكون

([1]) لا يقصد بتجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، إلغاء هذه النصوص Repealing or abolishing a statue وإنما تعطيلها عن العمل، فلا تنفذ فى حق المخاطبين بها An inoperative or unenforceable statute.

([2]) أنظر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية:

Norton V.Shelby County, 118 U.S. 725 (1886).

حيث قررت المحكمة أن القانون المخالف للدستور باطل وليس بقانون؛ فلا يخول حقا، ولا يقتضى التزاما، ولا يوفر حماية، ولا يقلد أحد منصبا وهو من منظور قانونى كأنه لم يصدر قط.

An unconstitutional act is not a law, it confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creats no office; it is, in legal contempation as inoperative as though it had never passed.

([3]) C.E. Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the Judges say it is", "The Australian Law Journal 98 (1982). See also; A Bickel, The least dangerous branch", The Supreme Court at the bar of politics 264 (1962).

ضروريا للفصل فى النزاع المطروح عليهم. ولكنهم يتقيدون بالحدود الضيقة لهذا النزاع، وبما يكون لازما للفصل فيه، وبقصد إنهائه فى كافة جوانبه بصورة عملية.

وينتقد بعض الفقهاء السلطة النهائية التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور. ويذهبون إلى أن مؤداها، أن تصير تفسيراتها لأحكامه، موازية للدستور فى قيمتها ومرتبتها Equating the Constitution with the court`s interpretation.

فلا يجوز دحضها أو التدليل على خطئها، بالرغم من أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تتقاسمان معها تفسير الدستور، ولهما اجتهاداتهما الخاصة التى قد توافق أو تناقض قضاء جهة الرقابة على الدستورية.

فلا تكون أحكامها تعبيراً دائما عن صحيح حكم الدستور(١) وليس لها بالتالى أن تدعى أن كلمتها فى شأن تفسيره، نهائية، ولا رجوع فيها.

فضلا عن أن وصفها لأحكامها بالنهائية، هو تعبير عن دورها فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر من كونه تعبيرا عن مضمون قطعى لا رجوع فيه لأوامر الدستور.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية، كثيرا ما تعتمد فى قضائها على تقدير السلطة التشريعية ذاتها فى المسائل المعروضة عليها(٢).

ويتعين بالتالى أن يظل تفسير الدستور مفتوحاً، وإلا ينغلق طريق الاجتهاد فيه؛ وأن يتحدد معناه بأدوات مختلفة، وعبر أزمان متعددة، لا تعتبر جهة الرقابة غير إحداها. فلا يكون فهم الدستور ولا تطويره مقصوراً عليها.

١٠٦- بيد أن أوجه النقد هذه يعيبها أن السلطتين التشريعية والتنفيذية، قد تعتديان على نصوص الدستور من خلال تشريعات شاملة ومعقدة، تتناول مراكز قانونية مختلفة. واجتهادهما فى مجال فهم الدستور، وإن جاز أن يكون محل تقدير جهة الرقابة على الشرعية الدستورية؛ إلا أن

---

(١) فالسلطة التشريعية تقترع على القانون على ضوء فهمها الخاص للدستور، والسلطة التنفيذية تباشر حقها فى الاعتراض عليه على ضوء فهمها للدستور.

(٢) Laurence H. Tribe, "American Constitutional Law", Second Edition, pp. 33-37.

الاحتماء وراء ذلك الاجتهاد بقصد الإفلات من الرقابة القضائية على تصرفاتهما، مؤداه أن ينقلب عدوانهما على الدستور إلى عمل مشروع.

وهو ما يتأبى على طبيعة هذه الرقابة وأهدافها. ذلك إنها رقابة قضائية لا سياسية. وتباشرها جهة تتولى وظيفة قضائية بمعنى الكلمة؛ ولها من استقلالها وحيدتها ما يعصمها من الانحياز إلى مصالح ضيقة فى مجال فهم الدستور، ورصد القيم التى يحتضنها.

ويجب بالتالى أن يكون قولها فى ذلك كله نهائيا؛ قطعا لدابر كل نزاع يثار أمامها فى شأن ذات الموضوع، حتى لا يعاد طرحه من جديد، خاصة وأن هذه الجهة لا تصدر حكما فى نقاط لا شأن لها بالمسائل الدستورية المتنازع عليها(١) In Dictum؛ ولا توجه السلطة التشريعية كذلك إلى ما ينبغى أن تكون عليه صورة القانون بما تقره مستقبلاً من القواعد القانونية(٢).

فلا جهة الرقابة تعلى نفسها على السلطة التشريعية، ولا هى تنصحها بما يجب عليها أن تفعل. ولكنها تباشر سلطة نهائية فى مجال تفسير الدستور. وتظل قراراتها فى شأن هذا التفسير قائمة ونافذة، إلى أن يعدل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه. وهى قواعد تتسم بثقلها وطولها وتشابكها، لضمان أن يكون إقرار التعديل على ضوء نظرة هادئة باحثة تزن جوانبه بقدر كبير من الموضوعية، وتمحص أبعاده عبر فترة تمتد ردحا من الزمن. فلا يكون التعديل عملاً مندفعا لا تبصر فيه. بل تعقلا ونظراً ثاقبا يبلور إرادة واعية تكفل أكبر قدر من التوافق فى الآراء.

ولا كذلك مركز السلطة التشريعية التى تقوم بعملية صناعة القانون. ذلك أن تحديدها للقيم التى يحتضنها الدستور، أو بيانها لنطاق الحقوق التى يكفلها،لا يجوز أن يكون منهيا لكل نزاع حولها.

وإنما الشأن فى ذلك إلى جهة الرقابة على الدستورية التى تؤسس أحكامها على نصوص الدستور. لتكفل بها ترضية قضائية بالغة منتهاها An Extreme Remedy ولا يعتبر الحكم الصادر بها مرادفا للدستور، وإنما هو ممارسة من الجهة القضائية للسلطة المخولة لها بمقتضى الدستور
A judicial ruling is not the Constitution, but an exercise of power under the Constitiotion.

---

(١) Youngstown Sheet and Tube Co. v.Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

(٢) عكس ذلك ما قرره جون مارشال عام ١٨٢٧؛ فقد فصل فى قضية: Brown v. Maryland, 25 U.S.12 Wheat 419.449(1827). التى تعلق موضوعها ببضاعة مستوردة من دولة أجنبية. ثم قرر أن المبادئ ذاتها تنطبق على استيراد الولاية بضائع من ولاية أخرى.

ولأنها فضلا عما تقدم، تعتبر ملاذا نهائيا The last resort لمن يحتكمون إليها فى إطار وظيفتها القضائية.

فلا تفصل فى دستورية نصوص قانونية تستطيع توفيقها مع الدستور، ولا فى دستورية نصوص تستطيع إنهاء النزاع الدائر حولها، بغير الرجوع إلى أحكامه([1]).

وهى كذلك لا تبطل أية نصوص قانونية، يكون عوار مخالفتها للدستور مجرد شبهة لا ساق لها. ولكنها تفصل فى مسائل متنازع عليها من خلال الخصومة القضائية، وتصدر حكمها فيها وفق الدستور والقانون([2]).

هذا إلى أن السلطة النهائية لجهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور، تلزمها بأن تقوم أحكامها على دعائم تحيطها قوة الإقناع. وإلا صار سهلا اتهامها بأنها تشرع لنفسها، لتفرض على الآخرين خياراتها وأولوياتها السياسية أو الأيدولوجية، بما يقيمها سلطة فوق الدستور، تعدل من قواعده يوما بعد يوم، وكأنها تعيد كتابتها من خلال قيم تصطنعها وتفرضها. وهو ما لا يستقيم.

ذلك أن نصوص الدستور وحدها -بدلالاتها الصريحة أو الضمنية- هى ركيزتها فى إبطال النصوص القانونية المطعون عليها. وليس لها بالتالى سلطة إشرافية تدعيها لنفسها لتكمل بها أو تصحح ما تراه من نصوص الدستور قاصرا أو معيبا. وإلا كان ذلك خروجاً منها على الحدود المنطقية لتفسيره Noninterpretivism([3]).

ذلك إن إبطالها قانونا لمخالفته الدستور، يلزمها بأن تنزل على إرادة الجهة الأعلى التى خولتها هذا الاختصاص. ولا يعدو تحريفها لإرادتها، أن يكون انقلابا عليها بما يفقد جهة الرقابة ذاتها، سند وجودها؛ ويعطيها مركزاً تتفوق به على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

([1])Wagner v. Salt Lake City, 29 Utah 2d 42, 49,504,P.2d 1007,1012 (1972); Hoyle v.Mousou, 606 P.2d 240 (Utah, 1980).

([2]) Gerald Gunther, constitutional law, eleventh edition, 1985, P. 24.

([3]) ينزلق قضاة جهة الرقابة على الدستورية فى أحيان كثيرة، إلى إصدار أحكام مطولة يوجهون فيها نصائح إلى المجتمع القانونى فى الوقت الذى تعارض فيه هذه الجهة إصدار آراء استشارية فى المسائل التى يطلب منها النصيحة فيها .eau, Modern Constitutional law, volume two, 1969, P.69

وتظل جهة الرقابة القضائية -فى حدود ولايتها- هى المفسر النهائى للدستور. The ultimate interpreter of the constitution بما يقطع كل نزاع فى شأن سلطتها فى تحديد نطاق قانون الدستور The exposition of the law of the constitution. وأحكامها فى ذلك نهائية لا يراجعها أحد فيها(١).

١٠٧- وقد أثير موضوع نهائية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على ضوء تطبيقها للفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها التى تقضى بأن أحكامها الصادرة فى الدعاوى الدستورية، تقيد الدولة والناس جميعهم.

ذلك أن الفقرة الأولى المشار إليها وإن أطلق المشرع حكمها ولم يقيده؛ وعمم سريانها بلا تخصيص على كافة الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية، سواء فى ذلك تلك التى تتعلق بإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، أو بتقرير صحتها، أو بغير ذلك من المسائل الدستورية التى يكون الفصل فيها مفترضا أوليا، للخوض فى دستورية النصوص المطعون عليها. كالفصل فيما إذا كان القانون المطعون عليه، قد زال وجوده بأثر رجعى من تاريخ صدوره؛ أم أن هذا القانون لا زال قائما صحيحاً وفق الدستور؛ إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، كان لها رأى آخر فى شأن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ المشار إليها، أبدته فى الطعن المقيد فى جدولها برقم ١١٨٣٨ سنة ٦٠ قضائية(٢)، ومؤداه أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية، مناطها أن يكون الحكم منتهيا إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه وذلك تأسيساً منها على أن:

<<الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها؛ وأن قوامها مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التى فرضها لضمان النزول عليها. فلا تلتزم أية جهة قضائية بالحكم الصادر فى هذه الخصومة، إلا إذا كان فاصلا فى موضوعها، سواء بتقريره اتفاق النصوص المطعون عليها أو مخالفتها للدستور شكلا وموضوعا>>.

<<فإذا كان قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية المرفوعة إليها، منتهيا إلى عدم قبولها؛ وكان الأصل فى النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية؛ وكان إبطالها لا

---

(١) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1. (1958).

(٢) أنظر حكمها فى هذا الطعن الصادر بجلستها المعقودة فى ١٣ من أبريل ١٩٩٧.

يقع إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا؛ وكانت النصوص التى لا تبطلها لا يجوز وقفها؛ وكان تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية لا يصادر حق أية جهة قضائية فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح عليها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقا للأوضاع المقررة فى قانونها بشأن طلب التفسير التشريعى؛ وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" لا يتعلق بعدم دستورية النص المطعون عليه فيها، ولا بصحة هذا النص، بل كان قضاء بعدم قبول الدعوى الدستورية ذاتها، فإن تقريراتها هذه، ولو كان منطوق حكمها مرتبطا بها ارتباطا لا يقبل التجزئة، لا يكون لها تلك الحجية الملزمة التى عنتها الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها>>.

••• تلك هى الدعائم التى قام عليها قضاء هذه الهيئة فى شأن عدم التزامها بكل حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا لا يتعلق بصحة النصوص القانونية المطعون عليها أو ببطلانها؛ فإلى أى حد كان حكمها صحيحا وفقا للدستور والقانون..؟؟

١٠٨- ويلاحظ أن قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، كان تعقيبا منها على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا فى القضية المقيدة بجدولها رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"(١) والتى تتلخص وقائعها فى أن المدعى فى الدعوى الدستورية كان قد تقاضى من المستأجر – فى شأن وحدة يشغلها فى مبنى أنشئ عام ١٩٨٨- مقدم أجرة تزيد على سنتين، مخالفا بذلك أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، الذى فرض عقوبة جنائية على تقاضى مثل المقدم. وهذه العقوبة هى التى قررت المحكمة الدستورية فى شأنها أنها لم تعد قائمة

---

(١) طلب المدعى فى هذه الدعوى الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٦و٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فضلا عن المادتين ٦ و٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وكانت المادتان المطعون عليهما فى القانون الأول، قد حظرتا على المؤجر أن يتقاضى مقدم إيجار تحت أية صورة من الصور، وإلا عوقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مثلى المبالغ التى تقاضاها.

أما المادتان المطعون عليهما فى القانون الثانى الذى نص على سريان أحكامه فى شأن مالك المبنى المنشأ اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون، فقد أجازتا تقاضى المؤجر مقدم إيجار لا يزيد على أجرة سنتين، فإذا حصل على أكثر منه، عوقب بالجزاء الجنائى المنصوص عليه فى المادة ٧٧ من القانون الأول.

بقانون لاحق- هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦- الذى أعاد العلائق الايجارية جميعها لحكم القانون المدنى- وذلك إعمالاً من جهتها لهذا القانون باعتباره الأصلح للمتهم.

ومن ثم قضت المحكمة بعدم قبول الخصومة الدستورية لانتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على دستورية جريمة تقاضى مقدم أجرة لأكثر من سنتين، وهى الجريمة التى كان القانون السابق- رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- قد نص عليها، ثم محاها بعدئذ القانون اللاحق عليه- وهو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦.

١٠٩- وقد قام قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى الدستورية، على دعائم ارتبط منطوقة بها وحاصلها:

أولاً: أن الأصل فى القانون الجنائى ألا يطبق على أفعال أتاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقا عليها .La loi préalable وإلا كان رجعياً.

ثانياً: أن سريان القوانين الجنائية على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان محظوراً؛ إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ؛ إلا أن هذا القانون يصونها كلما كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء بإنهائه تجريم الأفعال التى كان القانون الجنائى السابق قد أثمها، أو بتعديله بنيان العناصر التى تقوم عليها، بما يقلل من وطأة العقوبة المقررة للجريمة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى متهم تعلق القانونان السابق واللاحق، بمركزه فى مواجهة سلطة الاتهام.

ثالثاً: أن مشروعية العقوبة التى يفرضها المشرع كجزاء على الجريمة، ترتبط بضرورتها من جهة، وبامتناع رجعية أثرها من جهة أخرى كلما كان مضمونها أكثر قسوة.

ويتعين بالتالى كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم، أن تُردَّ لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها، وأن يرتد هذا القانون على عقبيه، إعلاء للقيم التى انحاز إليها القانون الجديد، وعلى تقدير أن صونها لا يخل بالنظام العام، بل يوافقه بما يحول دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

رابعاً: أن القوانين الجزائية التى نقارنها ببعض تحديدا لأصلحها للمتهم، تفترض <<اتفاقها جميعا مع الدستور>>؛ <<وتزاحمها على محل واحد >>؛ <<وتفاوتها فيما بينها فى عقوباتها>>، فلا نرجح من صور الجزاء التى تتعامد على المحل الواحد، غير تلك التى تكون فى محتواها، أو أوصافها، أو مبلغها Le contenu, Les modalités et quantum des peines أقل بأسا من غيرها.

خامساً: أن المشرع انتقل بحق المؤجر فى تقاضى مقدم الأجرة، من الحظر الكامل، إلى الحظر المنقوص، إلى إطلاق هذا الحق.

ويبدو هذا التدرج من مقارنة أحكام القوانين ٤٩ سنة ١٩٧٧ و١٦٣ سنة ١٩٨١ و ٤ سنة ١٩٦٦ ببعضها.

فقد حظر أولها على المؤجر تقاضى مقدم إيجار، أيا كان قدره أو الصورة التى يتخذها. وخول ثانيها المؤجر الحق فى أن يتقاضى مقدم إيجار يزيد على أجرة سنتين. وأطلق ثالثها، حرية التعاقد فى شأن الأماكن التى لم يسبق تأجيرها، وكذلك تلك التى صارت عقود تأجيرها منتهية قبل العمل بهذا القانون أو التى تنتهى بعده، دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

سادساً: أن القيود التى فرضها المشرع على تقاضى المؤجر مقدم الأجرة، مع تفاوتها فى درجتها على النحو المتقدم ثم التحلل منها، أساسها الضرورة التى عاصرتها.

وبقدر حدتها، ثم تراخيها، ثم زوالها، أقر المشرع ما يلائمها من النصوص القانونية. ذلك إن الأصل فى عقود القانون الخاص هو تكافؤ مصالح أطرافها بشأنها، فلا يميل ميزانها فى اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الضرورة التى يتعين حال تخلفها، أن تخلى مكانها لحرية التعاقد.

سابعاً: أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، لاحق على القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. وقد أعاد القانون اللاحق من جديد تنظيم موضوع تقاضى مقدم الأجرة فى شأن الأماكن التى حددتها مادته الأولى، مقررا سريان قواعد القانون المدنى فى شأن تأجيرها واستغلالها، وملغيا كل قاعدة على خلافها، مؤكدا بذلك استئثار أصحابها بها، لتخرج هذه الأماكن بذلك من نطاق التدابير الاستثنائية التى درج المشرع على فرضها فى مجال العلائق الإيجارية.

فلا يكون تأجيرها إلا وفق الشروط التى تتطابق بشأنها إرادة مؤجريها مع من يتقدمون لطلبها، ولو كان من بينها تقاضى مؤجر مقدم إيجار عن مدة أيا كان زمنها.

وهو ما يعنى أن الضرورة الاجتماعية التى انطلق منها الجزاء المقرر بالقانون القديم، قد أسقطتها فلسفة جديدة تبنتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قوامها حرية التعاقد.

فلا يكون الجزاء الجنائى -وقد لابس القيود التى فرضها القانون القديم على هذه الحرية- إلا منهدما بعد العمل بالقانون الجديد.

١١٠- تلك هى الدعائم التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية، ومؤداها أن الواقعة محل الاتهام الجنائى لم تعد معاقبا عليها، ولم يعد متصورا بالتالى أن تمضى هذه المحكمة فى نظر الدعوى الدستورية المطروحة عليها، ومن ثم كان قضاؤها بعدم قبولها، بعد أن غض المشرع بصره عن التدابير الاستثنائية للعلائق الايجارية التى انبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها.

وهى دعائم لا ينقضها الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، إذ هو مردود أولاً بأنه وإن صح القول بأن الخصومة الدستورية فى تطبيقاتها الأعم، هى التى يكون الحكم الصادر فيها منتهيا إلى تقرير صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها؛ إلا أن آفاق هذه الخصومة تتسع لكل المسائل الدستورية التى تطرحها، وعلى الأخص ما تعلق منها بوجود النصوص القانونية المطعون عليها أو زوالها بأثر رجعى كلما كان الخوض فيها مفترضا أوليا للفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها([1]).

ومردود ثانيا: بأن حكم الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تسبغ الحجية المطلقة على أحكامها، جاء عاما منصرفا إلى كل قضاء قطعى يصدر عنها فى الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية بطبيعتها. ذلك أن الحجة المطلقة لأحكامها القطعية فى المسائل الدستورية، لا تخصيص فيها ولا تقييد([2]).

([1]) فالحكم الصادر بانتهاء الخصومة فى الدعوى الدستورية لسبق الفصل فيها، يحول دون تقرير بطلان جديد إذا كان الحكم السابق صادرا ببطلان النصوص ذاتها المطعون عليها، فإن كان مؤكدا صحتها، استصحبها الحكم بانتهاء الخصومة، وأبقاها على حالتها.

([2]) أنظر فى ذلك قضاء محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية المؤلفة برئاسة المستشار أحمد محمود مكى فى الطعن المقيد بجدول المحكمة برقم ١٠٤٢ لسنة ٦٣ قضائية، والطعن رقم ٢٦١٣ لسنة ٦٧ قضائية؛ والطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٦٤ قضائية. وجميعها صادرة بجلسة ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

ومردود ثالثاً: بأن مفهوم القانون الأصلح للمتهم، مؤداه أن قانونين قد تعلقا بالأفعال ذاتها التى جرمها القانون الأول، وتعاقبا بالتالي على محل واحد، وإن كان القانون اللاحق قد محا العقوبة التى فرضها القانون السابق أو خففها.

كذلك فإن مفهوم القانون الأصلح مؤداه أن القانونيين السابق واللاحق موافقين للدستور؛ وأن فرض العقوبة التى نص عليها القانون القديم بعد صدور قانون جديد يلغيها أو يخففها، لم يعد مبرراً بعد زوال الضرورة الاجتماعية التى اقتضتها؛ وأن موازين العقوبة ومقاييسها من جهة ضرورتها وضوابط قسوتها أو اعتدالها، من المسائل الدستورية بطبيعتها، صونا للحرية الشخصية التى يخل بها إيقاع جزاء أسوأ وقعا على المتهم فى شأن أفعال أتاها قبل تقريره؛ ويصونها جزاء أقل سوءا، بما يحتم سريان القانون الجديد على الجريمة التى أتاها المتهم قبل العمل به.

ومردود رابعاً: بأن الفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يفترض وجود هذه النصوص قانونا. فإذا كان المشرع قد أزالها بأثر رجعى، فإن الحكم بسقوطها، يكون فصلا فى مسائل دستورية باعتبار أن التجريم قيد على الحرية الشخصية التى كفل الدستور صونها[1].

([1]) أنظر فى نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، مقالة هامة نشرها الأستاذ المستشار عزت حنورة نائب رئيس محكمة النقض الأسبق فى العدد ( ) من مجلة نادى القضاة، والتى يقول فيها أنه كان لزاما على المحكمة الدستورية العليا أن تبحث ما إذا كانت المصلحة التى توخاها المدعي فى الدعوى الدستورية التى رفعها لا تزال قائمة بعد سريان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، ولا يتحقق ذلك إلا ببحثها أثر هذا القانون على المواد المطعون عليها.

ومن ثم كان هذا البحث مسألة جوهرية لتقرير توافر المصلحة أو انتفائها. وقد قطعت المحكمة بأن هذا القانون أصلح للمتهم بعد أن لم تعد الواقعة محل الاتهام الجنائى معاقبا عليها، وانبنى حكمها هذا على التطبيق المباشر لقواعد دستورية، وأنه بذلك يكون ملزما لجهات القضاء جميعها.

ويقول سيادته أن قانون المحكمة واضح وصريح فى إطلاق القوة الملزمة لعموم الأحكام القطعية الموضوعية التى تصدرها متى كان حكمها صادرا فى دعوى دستورية. ولا يجوز مع هذا الإطلاق والتعميم تقييد النص أو تخصيصه إذ لا يجوز الخروج على النص الواضح أو تأويله بدعوى تفسيره على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها التى اطرد قضاؤها كذلك على أنه متى كانت التقريرات القانونية التى تضمنتها أسباب الحكم مرتبطة ارتباطا وثيقا بمنطوقة، وداخلة فى بناء الحكم وتأسيسه، ولازمة للنتيجة التى انتهى إليها، فإنها تشكل مع منطوقة وحدة لا تقبل التجزئة. وأنظر كذلك فى نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، د. فتحى سرور فى ص ٣٢٣- ٣٢٩ من طبعة ٢٠٠٠ من مؤلفه الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ومردود خامساً: بأنه كلما كان منطوق الحكم الصادر فى الخصومة الدستورية، منتهياً إلى عدم قبولها بناء على تقريراته القانونية الفاصلة فى مسائل دستورية بمعنى الكلمة، فإن هذا الحكم يقيد كل جهة قضائية، فضلا عن الكافة.

ومردود سادساً: بأن ثمة قاعدتين تجريان معا وتتكاملان: أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلاً فى الأفعال اللاحقة لنفاذه. وثانيتهما: سريان القانون الجنائى اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون جنائى سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً.

وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثانيتهما فرع من أولاهما، ونتيجة حتمية لها. وكلتاهما معا تعتبران امتداد لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها([1]).

١١١- وبالرغم من بداهة هذا المنطق، إلا أن محكمة النقض أصدرت حكما آخر([2]) تقرر فيه ما يناقض الأصول المبدئية لعلم القانون، وتدون فى أسبابه ألفاظا لم تجر بها اللغة القضائية، وكأنها تخوض حربا ضد المحكمة الدستورية العليا فى مسائل تتصل من مبدئها إلى منتهاها بحقوق المواطنين وحرياتهم.

فقد جاء بهذا الحكم قولها بأنها وحدها الجهة المعنية بتطبيق القانون الأصلح للمتهم، وأن مفهوم هذا القانون يتحقق، ولو فى غير مساس بالحرية الشخصية؛ بل ولو كان القانون السابق أو اللاحق، أحدهما أو كلاهما مخالفين للدستور.

ووجه الغرابة فى هذا الحكم، إن مخالفة النص العقابى القديم للدستور، مؤداه بطلان النص العقابى، فلا يتعلق به قانون لاحق أيسر للمتهم.

فإن كان النص اللاحق هو الذى ناقض الدستور، انعدم أثر هذا النص فى محو العقوبة التى فرضها القانون القديم أو فى تخفيفها.

([1]) دستورية عليا -فى القضية رقم ٤٨ جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -الجريدة الرسمية- العدد ١٠ فى ٦ مارس ١٩٩٧، والقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -الجريدة الرسمية- العدد ١٣ فى ١٩٧٧/٣/١٧.

([2]) أنظر ما قررته محكمة النقض برئاسة المستشار فتحى خليفة فى الطعن المقيد بجدول المحكمة برقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية.

بما مؤداه أن القانون اللاحق يستحيل أن يكون أصلح من القانون السابق، إلا إذا كانا معا موافقين للدستور، وتعامدا على العقوبة ذاتها، وبما يجعل القانون اللاحق أصون للحرية الشخصية للمتهم. ذلك أن الحرية الشخصية التى كفلها نص المادة ٤١ من الدستور، يحميها القانون الأصلح إذا أزال صفة التجريم عن الأفعال التى أثمها قانون سابق، أو جعل عقوبتها أخف.

فإذا لم يكن لقانون لاحق من شأن بالحرية الشخصية، فإن النظر إليه فى موازين العقوبة لتقييمها، ولتحديد أخفها وأصلحها للمتهم بالتالى، يكون لغوا.

١١٢- وإذ أعادت النيابة العامة -وبعد صدور حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية المشار إليه- اتهام المدعى فى الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، فقد أقام منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، وأسسها على أن الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية، يعوق تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية المشار إليها. وقد قضت هذه المحكمة فى منازعة التنفيذ المرفوعة إليها- والمقيدة بجدولها برقم ١ لسنة ١٩ قضائية- بالاستمرار فى تنفيذ حكمها الصادر فى ١٩٩٧/٢/٢٢ فى الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، وذلك فيما فصل فيه من اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصلح للمتهم مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية، تتناول تلك التى تصدر ببطلان أو بصحة النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكذلك تلك التى تصدر بعدم قبول الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية[1].

---

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ١٩٩٨/١٠/٣- قاعدة رقم ٢ - ص ٧٦٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الفصل السادس
الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية

١١٣- وإذا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة لا يرتبط تطبيقها بالضرورة، بالأوضاع التي قام عليها عند صدوره؛ وكان ذلك يخولها أن تفسر الدستور على ضوء نظرة متطورة لا تتحكم فيها غير المفاهيم المعاصرة، إلا أن هذه السلطة -وهي بعيدة في مداها- ينبغي موازنتها ببعض القيود التي تقتضيها هذه الجهة من نفسها كضوابط ذاتية على نشاطها؛ وتتطلبها خصائص وظيفتها القضائية.

أولاً: القاعدة الكلية للرقابة القضائية على الدستورية

١١٤- وهذه القيود الذاتية التي تفرضها المحكمة بنفسها على أحكامها، مردها إلى قاعدة كلية تحملها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

بيد أن تفاديها الفصل في هذه المسائل قد يتخذ شكل تأجيلها([1])، وإن كان هذا التأجيل ليس مرغوبا فيه أصلا، خاصة في مجال حقوق الأفراد وحرياتهم التي لا يجوز أن تظل النصوص القانونية التي تخل بها، في مأمن من تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لتقرير صحتها أو بطلانها، رغم خطورة الآثار المترتبة على تطبيقها، وبوجه خاص كلما استطال زمن سريانها؛ وكانت المطاعن الموجهة إليها غير ظاهر تهاويها Patently frivolous، وإنما تساندها دلائل رجحان صحتها.

وامتناع جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الاقتضاء العقلي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة Absolutely necessary.

وهذه الضرورة المتناهية في شدتها، هي التي توازن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بضوابط الاعتدال.

([1]) كان قد طرح في عام ١٩٤٣ -وأمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية- طعن بعدم دستورية القانون الذي حظر استعمال الأزواج للوسائل الواقية من الحمل ومنع تقديم أية مشورة طبية بشأنها، ولم تفصل المحكمة في هذا النزاع -ومن خلال تأجيله- إلا في عام ١٩٦٥، أي بعد أكثر من أثنين وعشرين عاما.
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

فلا تفصل الجهة التى تباشر هذه الرقابة فى خصومة دستورية قبل أوانها Premature questions ولا تنظر فى المسائل الدستورية التى تثيرها هذه الخصومة إذا صار الفصل فيها غير منتج Moot cases(١).

وهو ما يعنى أن الفصل فى المسائل الدستورية لا يجوز أن يتقدم موجباته، ولا أن يتأخر عنها.

ويظل التقيد بالضرورة فى درجاتها الأكثر حدة، قيداً على الخصومة الدستورية، وذلك بالنظر إلى الآثار التى يرتبها الحكم الصادر فيها على المراكز القانونية القائمة، وإحداثه اضطرابا فى صور من التعامل دخل أطرافها فيها، ورتبوا أوضاعهم على مقتضى النصوص القانونية النافذة عند إبرامها.

وصار صوابا بالتالى توكيد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل فى مسائل دستورية قبل توافر الضرورة التى تلجئها للخوض فيها، والتى لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، محمولا على قاعدة دستورية تجاوز باتساعها نطاق الواقعة التى بنى الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل فى دستورية نصوص قانونية أفاد الطاعن من مزاياها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان النزاع حول هذه النصوص قد أفرغ فى شكل خصومة وهمية، أو تصورية، أو ودية لا تبلور فى حقيقتها تنازع مصالح أطرافها بصورة حقيقية وحادة.

ثانياً: فروع هذه القاعدة الكلية

١١٥- ويتفرع عن القاعدة التى تلتزمها جهة الرقابة على الدستورية، والتى تتحاشى بها الفصل فى المسائل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تنفصلان عنها، بل تتكاملان معها:

---

(١) يكون الفصل فى الخصومة عقيما أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير فى وقائعها أو فى القانون الذى يحكمها. فلا تظهر للمدعى فى هذه الخصومة -وبسبب هذا التغيير- فائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعنى أن شرط المصلحة يتعين أن يكون قائما فى الخصومة الدستورية فى كافة مراحلها

Linef v. Jafco, I nc, 375 U.S. 301 (1964)

ولا كذلك الخصومة التى ترفع قبل أوانها. ذلك أن الأصل فى الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز الفصل فيها قضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تعين الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان. ومن ذلك أن تقام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تدخل السلطة فى حق أو حرية كفلها الدستور.

United public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

أولاهما: ألا تفصل جهة الرقابة القضائية، فى دستورية نصوص قانونية، يكون بوسعها أن توفقها مع الدستور. بما مؤداه أنه كلما احتمل النص القانونى المطعون عليه تفسيران: أحدهما مخالفا للدستور، وثانيهما يقيم ذلك النص وفق أحكامه، فإن التفسير الثانى يكون هو الأحرى بالأتباع([1]).

ثانيتهما: لا يجوز للجهة القضائية أن تتساند فى حكمها فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص فى الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها فى هذه المسائل، على أسس لا شأن للدستور بها Nonconstitutional grounds.

ثالثاً: افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

١١٦- وفضلا عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية كثيرا ما تولى احترامها -فى مجال فصلها فى دستورية القوانين- للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيسا على أن هذه السلطة أكثر اتصالا بآمال مواطنيها، وتعبيراً عن احتياجاتهم وأولوياتهم، وأدنى نفاذا إلى الحقائق التى تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرة بعديد من المسائل التى تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية فى شئون شتى، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التى تعبر عن موقفها من السلطة التشريعية تارة بتبنيها نظرية الأعمال السياسية، وطورا باعتناقها لافتراض مؤداه أن الأصل فى النصوص القانونية، هو معقوليتها ومطابقتها للدستور([2]).

ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق فى مجال الشئون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدوان السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها فى وظائفها، يعجل بالفصل فى دستورية النصوص القانونية التى أقرتها، ولا يرجئها.

([1]) Neese v.Southern R. Co. 350 U.S. 77 (1955).

أنظر كذلك:

Farm Products v.Baldwin, U.S, 194 (1934). See also, “The presumption of constitutionality”. 31 Col. Law Review (1931), p. 1136.

([2]) يقال بأنه فى الدول الفيدرالية التى تتوزع سلطة التشريع فيها بين الكونجرس، والمجالس التشريعية فى ولاياتها، فإن إيلاء الإعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون أكبر، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات -وعلى صعيد القوانين التى تقرها كل منها فى نطاقها الإقليمى- تكون أقل خطأ فى تشريعاتها من الكونجرس.

كذلك، فإن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التى أقرتها Value Judgment، مرده أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعا أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكمتها أو بواعثها، وعلى الأخص فى مناطق يتعذر عليها أن تحيط علما بها، كتنظيم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن فى نطاقها بين بدائل متعددة تتزاحم على تقدير الحلول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحرياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان تبادل الآراء والأفكار فى إطار من القيم التى لا يجوز إجهاضها، والتى تظل بها العقول منفتحة على كل جديد، متقبلة ما تؤيده من المفاهيم وما تزدريه، فلا يكون مجتمعها مغلقا. بل ثريا بصور من الحوار تتعدد أشكالها، وتتسم برحابة آفاقها، واتساع دوائرها.

ولا يجوز بالتالى أن تفترض دستورية النصوص التى تخل بهذه الحقوق، بل تعامل بافتراض خروجها على الدستور([1]).

بما مؤداه أن افتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، ترجحه المكانة التفضيلية التى تمثلها حقوق الأفراد وحرياتهم فى النظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالى، أن تزن المسائل التى تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها واقعا فى إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة الشئون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمنا عدوانا على حق أو حرية كفلها الدستور، تأخذه بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملاءمتها، كانحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضريبة الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التى تمنحها لها، فإن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد.

على أن ارتكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية فى المسائل التى تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

([1]) Thomas v.Collins, 323 U.S. 516 (1945).

بل يتعين أن يكون تبنيها لتقدير السلطة التشريعية منطقيا وملائما، وعلى الأخص فى مواجهة المسائل التى تنظمها السلطة التشريعية، والتى لا يكون للدستور قول فيها، بما يجعلها واقعة فى نطاق سلطتها التقديرية التى يحكمها أصل مؤداه إطلاقها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط النصوص التى تقرها -عقلاً- بأهدافها.

كذلك فإن افتراض تطابق النصوص المطعون عليها مع الدستور، لا يجوز أن يعمل فى مواجهة صور التمييز التى تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكمية متوخية بها تفضيل بعض المراكز القانونية على بعض -كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعى أو العرق Ancestry- رغم تماثلها جميعها فى العناصر التى تكونها. بل ينبغى أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة، باعتباره مخالفا للدستور([1]).

رابعاً: فصل نصوص القانون الواحد عن بعضها
The Severability or seperability clause

١١٧- الأصل فى نصوص كل قانون، هو تكاملها. فإذا حكم ببطلان بعضها، فهل يجوز تطبيق باقيها الصحيح، أم تسقط النصوص الصحيحة تبعا لإبطال غيرها من النصوص التى احتواها القانون.

تلك هى قاعدة فصل أجزاء القانون عن بعضها. وهى قاعدة حاصلها أن إبطال الجهة القضائية لأجزاء من قانون، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالا عن الأجزاء الباطلة من القانون، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة -منظوراً إليها وحدها Staining alone- كافلاً تحقيق آثارها القانونية([1]).

وبتعبير آخر، فإن قاعدة فصل نصوص القانون التى أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية، عن تلك التى تظل باقية من أجزائه، تفترض لتطبيقها ألا يكون المشرع قد نظر إلى نصوص القانون فى مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها

([1]) Oyama v.California, 332 U.S. 633 (1948). See Also, Antieau, Op. Cit, P. 694; Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

([1]) Chaplinsky V. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Stern. "Separability and Severability clauses in the Supreme Court", 51 Harvard Law Review (1937) P. 76.

البعض Mututally dependent upon one another، وبشرط أن يكون بالإمكان بعـــد إبطـــال أجـــزاء القانون المخالفة للدستور، إعمال باقيها الصحيح كقانون.

Unless it is evident that the legislature would not have enacted these provisions which are within its power independent of that which is not, the invalid part would be dropped if what is left is fully operative as a law(²).

بما مؤداه أن موضوع فصل نصوص القانون عن بعضها، يعود دائما إلى إرادة المشرع التـــى يتحدد على ضوئها، ما إذا كان يريد حقا أن تعمل النصوص المتبقية -واستقلالا عن غيرها- كقانون. وتُعْمِل جهة الرقابة على الدستورية فى ذلك حسن نظرها وحكمتها. وعليها بالتالى أن تؤيد كل قرينـة بفصل فروع الشجرة -القانون المطعون فيه- عن جذورها.

فإذا دل قصده على أن النصوص التى تضمنها القانون، إما أن تعمل بكاملها، أو تهدر بتمامـها، فقد صار متعينا أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة تتكامل أجزاؤها، وأن تسقط الأجزاء الصحيحـة من القانون، بالنظر إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل التجزئة. فلا يكون للقانون -فـى مجموع نصوصه- من وجود.

على أن أسكناه إرادة المشرع، قد يكون أحيانا أمرا متعذرا. ولا مفر عندئذ من الاعتماد علـــى العلاقة المنطقية الحتمية The inextricable tie التى تربط النصوص القانونية ببعضـــها. فـــإذا كـــان متعذرا عقلا بعد إبطال جزء منها، أن تستقل باقيها بنفسها، فإن مناط إعمال قـــاعدة الفصـــل يكـــون منتفيا.

ومحكمة الولاية فى الدول الفيدرالية، هى التى تقرر إمكان الفصل أو عدم جوازه، على ضـــوء تقصيها مقاصد المشرع المحلى، كالشأن فى تفسير القوانين المحلية الذى يعود أمـــره إليـــها بصفـــة رئيسية. وحين تقرر محكمة الولاية جواز الفصل، فإن قرارها فى ذلك يقيد المحكمة العليا الفيدرالية. فإذا لم تدل محكمة الولاية بقول فى شأن إمكان الفصل، فإن على المحكمة العليا أن تعيد الموضـــوع إليها كى تقوم بواجبها فى مجال استخلاص إرادة المشرع(¹).

(²) وترجمة ذلك أنه ما لم يظهر بوضوح أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية التى يدخل إقرارها فى ولايتـه، مستقلة عن تلك التى لا تدخل فى هذه الولاية، فإن الأجزاء الباطلة تسقط وحدها، إذا كان بالإمكان تفعيل الأجـزاء الباقية كقانون.

(¹) Dorchy v.Kansas, 264 U.S. 286, 290 (1924).

وتفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتعلق الطعن بمطاعن موضوعية لا شكلية. ذلك أن القانون الذى لا تتوافر فيه الأوضاع الشكلية التى نص عليها القانون، لا يعتبر تشريعا قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه. ولا كذلك عيوبه الموضوعية التى يتصور معها إمكان فصل أجزائه الصحيحة الباقية، عن أجزائه المعيبة الباطلة.

وقاعدة الفصل هذه Severability Rule، هى التى تبنتها المحكمة الدستورية العليا، وذلك فيما قررته من أن النصوص التى يتضمنها القانون، لا تعتبر ساقطة بكل أجزائها، إلا فى إحدى صورتين:

أولاهما: إذا كان ملحوظا عند إقرار السلطة التشريعية للقانون، ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون فى مجموعها إلا كلا غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر يعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً، إلى إرادة هذه السلطة التشريعية([1]).

ثانيهما: إذا كان ما بقى من أجزاء القانون الصحيحة، بعد فصلها عن أجزائه المعيبة، يقصر عن الوفاء بالأغراض التى استهدفها المشرع عند إقراره للقانون([2]).

وينبغى أن يلاحظ أنه حتى لو أفصح المشرع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا تقرر إبطال بعض أجزائها، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون- أن فصلها عن بعضها، غير متصور عقلا([3]).

وعلى من يدعى إمكان فصل باقى أجزاء القانون الصحيحة، عن تلك الباطلة، أن يقدم الدليل على دعواه، وأن يبرهن بالتالى على أن المشرع قصد إلى اسقاط النصوص الباطلة وحدها، لتبقى

([1]) ولا يعنى ذلك أن خفاء هذه الإرادة، يقيم قرينة قانونية ضد الفصل. إذ القول بمثل هذه القرينة نظر سقيم. ذلك أن المشرع قد يسهو عن إعلان إرادته فى شأن جواز أو حظر الفصل، فلا يبقى أمام المحكمة إلا أن تجتهد بنفسها لاستصفاء إرادته.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٠/١٠ -ص١٣٥- ١٣٦ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

([3]) Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936).

أجزاؤها الصحيحة معمولاً بها. وليس بشرط أن يكون الدليل على توافر هذا القصد مقطوعاً به، بل يكفى التدليل على رجحان ذلك القصد.

ذلك أن فصل أجزاء القانون عن بعضها يناقض تكاملها Entirety، ويفترض إمكان تجزئتها Divisibility. وهو افتراض يناقض الأصل فى الأشياء. وكان منطقياً بالتالى أن تسقط المحكمة نصوص القانون بتمامها. إذا كان ما بقى منها بعد إبطال بعضها يستحيل أن يقوم وحده، أو كان إعمال هذا الباقى يناقض إرادة المشرع.

خامساً: تطبيق القاعدة الأضيق نطاقا لحكم النزاع

١١٨- وعلى جهة الرقابة على الدستورية فى مجال فصلها فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، أن تصوغ فى أضيق نطاق، القاعدة التى يقوم عليها حكمها فى شأن هذه المسائل، فلا تجاوز فى اتساعها حدود متطلباتها([3]) The narrowest language possible.

فإذا كان نطاق القاعدة التى قام قضاء الحكم محمولاً عليها، مجاوزاً فى مداه، من حدود وقائعها، فإن ما وقع فيه التجاوز يكون زائدا عن حاجة الدعوى الدستورية. فلا تقوم به دعائم الحكم الصادر فيها.

ويتصل بهذا المبدأ، ما هو مقرر من أنه متى كان القانون -فى مجال تطبيقه على شخص معين- لا يخل بحقوقه التى كفلها الدستور، فإن الطعن عليه بمقولة أن تطبيقه على آخرين أو على مراكز قانونية مختلفة، قد يكون مخالفا للدستور، لا يجوز سماعه.

ذلك إن من غير الجائز أن ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية إلى تحليل كامل للنصوص القانونية المطعون عليها، يسعها فى كل تطبيقاتها التى تتسم بالتعقيد والشمول. لا استثناء من هذه القاعدة، إلا إذا كان النظر فى النصوص القانونية المطعون عليها، يؤكد شدة غموضها أو انسيابها؛ أو وقوعها فيما وراء السلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق. إذ يتعين أن تعامل هذه النصوص عندئذ باعتبارها مشتبها فيها من وجهها، وأن ترصد جهة الرقابة على الدستورية كل تطبيقاتها المحتملة، وقوفا عليها وتقييما لها.

([3]) Garner v.Louisiana 368 U.S.157(1961); United State v. Raines 362 U.S. 17.(1960).

ويرتبط بحظر تقرير جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لقاعدة تكون بمداها، زائدة على حاجة النزاع المطروح عليها، ألا تكون القاعدة التى صاغتها جهة الرقابة على الدستورية موجهة فقط لحل نزاع قائم جلية وقائعه، حاضرة ظروفه؛ وإنما تحسبا لنزاع محتمل قد تأتى به الأيام مستقبلاً([1]). فلا تكون تقريراتهم المجاوزة حدود النزاع، إلا شبيهة بالآراء الاستشارية التى يبدونها فى غير خصومة([2]).

سادساً: تحقيق جهة الرقابة القضائية لواقعة النزاع

١١٩- وفضلا عما تقدم، فإن الفصل فى المسائل الدستورية كثيرا يكون معلقا على قرار تتخذه جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى شأن حقيقة واقعاتها. ويبدو ذلك جليا عند الفصل فى دستورية إجراء اتخذ بالقبض على شخص معين أو احتجازه. إذ يتعين أن يكون هذا الإجراء معقولا كشرط لتقرير دستوريته. ولا تتحدد هذه المعقولية إلا على ضوء عناصر الواقعة محل القبض أو الاحتجاز.

كذلك فإن مناط عرقلة حرية تداول الآراء، هو أن يكون عرضها أو ترويجها مقترنا بمخاطر واضحة حدتها، وحالة فى إحداقها. وهو أمر يتصل بالضرورة بمضمون هذه الآراء وكيفية عرضها، وحدود ترويجها. وجميعها وقائع ينبغى تحقيقها قبل الفصل فى المسائل الدستورية المتصلة بها.
ويتفرع عما تقدم أمران:

أولهما: أنه كلما كان الفصل فى المسائل الدستورية معلقا على واقعاتها، فإن تحقيقها يدخل فى ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحرتها جهة غيرها. ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون فى شأن واقعة بعينها، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها هى.

ثانيهما: أن كل إخلال بالحقوق التى نص عليها الدستور، يفترض أن يتعلق بمضمونها وبآثارها القانونية In substance and effect وأن يكون مرتبطا بواقعاتها التى يعتبر تحقيقها إجراء ضروريا لإنفاذ هذه الحقوق، وإعطائها معانيها([3]).

([1]) Brown v.Maryland, 25 U.S. [12 wheat] 419 (1927).

([2]) Chester J.Antieau, Modern Constitutional law, volume two, 1969,p.699.

([3]) Norris v. Alabama, 294 U.S. 587-590 (1935).

فحق الفرد فى الحرية، يقوضه أن تقوم السلطة بتعذيبه. فإذا أقر بعد تعذيبه، بالجريمة المنسوبة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازما للفصل فيما إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتوافر فيها كل ضمانة يقتضيها الدفاع عن حريته الشخصية وآدميته.

وبغير هذا التحقيق، فإن جهة الرقابة على الدستورية، لن تستطيع الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهريا، أم أن القيود عليهما قد اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا ينحدر بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرته عملا.

بما مؤداه، أن الفصل فى المسائل الدستورية كثيرا ما يكون معلقا على وقائعها التى يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التى كفلها الدستور، فلا يكون تحريها أو استكمال ما نقص من عناصرها، إلا عملا قضائيا واقعا فى الحدود التى نص الدستور عليها.

وكمثال على ما تقدم، فإن تعلق الطعن بمطبوع داعر، لا يخول قضاة جهة الرقابة على الدستورية، قراءة كل كلمة تضمنها هذا المطبوع لتحديد قيمته الاجتماعية، وإلا انحل عملهم إلى نوع من الرقابة يفرضونها على كل مادة بها قدر من الاستهواء أو الاستثارة.

وفى مجال الفصل فى الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية فى شأن مخالفتها لشرط الوسائل القانونية السلمية، فإن كل واقعة كان لها أثر فى إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغى أن تحققها جهة الرقابة القضائية على الدستورية.
وعليها -وفى حد أدنى- أن تحقق فى الأوضاع التى كانت تحيط بإقرار القانون؛ وما إذا كان قد افلح فى دفع الشرور التى قصد إلى مواجهتها؛ فضلا عن طبيعة ونطاق الأضرار التى يكون قد ألحقها بالذين عارضوه؛ وما إذا كان بإمكان السلطة التشريعية، أن تكفل تحقيق الأغراض التى توختها من القانون المطعون فيه، بوسائل أكثر معقولية.

فإذا بان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن القانون المطعون عليه لم يكن فاعلا فى مواجهة الشرور التى قصد إلى دفعها؛ أو أن هذا القانون ألحق بالمدعين فى الخصومة الدستورية وبغيرهم ممن يماثلونهم فى مراكزهم القانونية، أضرارا لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شرط الوسائل القانونية السلمية.

وكذلك الأمر إذا ظهر لها أن الأغراض المشروعة التى توخاها القانون، كان يمكـــن تحقيقـــها بوسائل أخرى أكثر معقولية([1]).

كذلك تولى جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية اهتماما خاصا بكل واقعة يكون لـــها أثر حاسم فى المحصلة النهائية للخصومة الدستورية.

فإذا كان القانون المطعون عليه، يفرض قيودا على تداول الخمور بالنظر إلى الآثار الخطـــيرة المترتبة علي الإسكار، والتى يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالقيم الخلقية فـــى الجماعـــة، وبتفشى الفقر والعوز والجريمة، والهمم الخائرة بين أفرادها، وغلبة الفوضى فى محيطـــها، وعلـــى الأقل على نحو ما؛ فإن هذا القانون -وبالنظر إلى هذه الوقائع التى يقوم عليها الدليل إحصائيـــا- لا يكون مخالفا للدستور([2]).

سابعاً: رفض نظرية الخطأ المغتفر

١٢٠- تفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التى كفلها الدستور، قد تمسها فى مجال تطبيقها مخالفة هينة يجوز التجاوز عنها باعتبارها خطأ مغتفر Harmless Error.

بيد أن هذه النظرية معيبة فى ركائزها، وفى الآثار القانونية المترتبة عليها حتى فـــى مجـــال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحقوق المتهم.

ذلك إن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطا جوهريا لمحاكمته بطريقة منصفـــة لصلتـــها الوثقى بإدانته أو براءته. بل أن سكوت المشرع على بيان مفردات وعناصر هذه الحقـــوق، يعتـــبر إغفالاً تشريعياً مستوجباً إبطال القانون.

ولا يتصور بالتالى أن تتحدد دستورية النصوص القانونية التى تخل بهذه الحقوق، على ضـــوء درجة خروجها عليها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ يتصل بتطبيقها،على ضـــوء درجتـــه، إذ هـــى مخالفة واحدة لنص فى الدستور، لا تتدرج مراتبها. وحكمها هو البطلان فى كل صورها.

([1]) Southern pac. Co.v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945); Bibb v. Navajo Freight lines (1959) 359 U.S. 520; Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

([2]) Mugler v.Kansas (1887) 123 U.S. 623,662.

ولا يتصور كذلك، أن ينحل مفهوم الخطأ المغتفر، إلى قاعدة عامة تتصل بكل الحقوق التى كفلها الدستور.

ذلك إن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدودة الأثر Harmless Error يفترض رصد هذه الصور فى كافة مظان وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسعها فى كل أحوال تطبيقها، لنحدد على ضوئه ما يكون من الخطأ جسيما فلا يجوز التسامح فيه، وما يعتبر من صوره أقل حدة بما يجيز التغاضى عنه.

فالخطأ هو المخالفة الدستورية فى ذاتها، وهى لا تتجزأ بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة فى درجتها.

وليس لها من أثر سوى إبطال النصوص القانونية التى أصابها عوار مخالفتها للدستور.

يؤيد هذا النظر، أن الرقابة القضائية على الدستورية فى كثير من الدول، مردها إلى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، ولا شأن لها بكيفية تطبيقها عملا. ذلك أن الخطأ فى تأويلها سواء بفهمها على غير معناها أو بتحريفها، لا يوقعها فى حمأة مخالفة الدستور، إذا كانت تلك النصوص صحيحة فى ذاتها على ضوء أحكامها([1]).

وربما كان لنظرية الخطأ المغتفر وجه شبه بنظرية العقوبة المبررة المعمول بها فى قضاء محكمة النقض المصرية([2]). ذلك أن نظرية العقوبة المبررة وأن كان من شأنها ألا تنقض محكمة النقض حكما وأن المتهم بالجريمة بناء على وجه قانونى خاطئ، إذا كانت العقوبة المقضى بها تدخل

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وعكس ذلك، الوضع فى الولايات المتحدة الأمريكية التى تأخذ محكمتها العليا بنظرية الخطأ المغتفر فى مجال الاتهام الجنائى وذلك بقولها:

There may be some constitutional errors which in the setting of a particular case are so unimportant and insignificant that they may, consistent with the Federal Constitution, be deemed harmless, not requiring the automatic reversal of the Conviction. [Chapman v.California, 386 U.S. 18 (1967)].

([2]) أنظر فى نظرية العقوبة المبررة وأوجه نقدها ص ٣٩٦ وما بعدها من مؤلف الدكتور فتحى سرور فى النقض فى المواد الجنائية طبعة ١٩٩٧.

فى نطاق العقوبة التى كان يجب الحكم بها؟، إلا أن هاتين النظريتين تفترضان خطأ غير ضار فـــى أحكام قضائية صدرت بالإدانة، إلا أن الرقابة القضائية على الدستورية فى مصر لا تتعلـــق بأحكـــام أصدرتها السلطة القضائية. وإنما بالنصوص القانونية وحدها كى تقابلها بالدستور للتحقق من تطابقـها معها أو خروجها عليها.

ثامنا: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

١٢١- لا يجوز فى قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تخوض فى اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلى عن اختصاص نيط بها. ذلك تسلبها من ولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، محظوران دستوريا. لا يجوز بالتالى، أن تترخص فيما عُهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازما، ولو قارنتها محاذير لها خطرها.

وهى تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها فى حدود منطقية. فلا يكون التدخل بـــها مؤذنــا بانفلاتها من كوابحها؛ بل متوازنا بما يصون موجباتها؛ ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل فى آن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة الســـلطتين التشـــريعية والتنفيذيـــة لاختصاصاتـــهما التقديرية دون عائق من جهة أخرى.

ومن ثم تكون الضرورة فى صورتها المطلقة، هى مناط تدخل المحكمـــــة الدســـتورية العليـــا برقابتها القضائية، فلا تفصل فى دستورية نص تشريعى فى غير خصومـــــة؛ أو فـــى خصومـــة لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحقق تصادمها؛ ولا فى دستوريته نصوص أفاد الطـــــاعن مـــن ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل فى دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسعها أن تؤسس حكمها فى شـــأن النزاع المتعلق بها، على قاعدة لا نص عليها فى الدستور. وعليها فى كل حال إلا تفصل فى خصومة دستورية قبل أوانها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قـــاعدة مـــن الدســـتور تجـــاوز باتساعها الحدود التى يقتضيها الفصل فى النزاع([1]).

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤- قاعدة رقـــم ٣٠٢/٢٧ -ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

"من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أنها لا يجوز أن تنتصل من اختصاص نيط بها وَفقاً للدستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك -وبنفس القدر- ألا تخوض فى اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، ممتنعان من الناحية الدستورية.

ولا يجوز من ثم، أن تترخص فيما عُهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لابستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها، ولا مباشرتها دون قيود تتوازن بها.

بل يجب أن تكون هذه الرقابة -ولضمان فاعليتها- محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس فى إطار مجموعة من الضوابط التى تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة فى حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذنا بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً، بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها، كأداة تكفل فى آن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً، وبوصفها ملاذاً نهائيا، وليس باعتبارها إجراء احتياطيا.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى دستورية نص تشريعى فى غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها، أو تجاوز باتساعها الحدود التى يستلزمها الفصل فى النزاع المعروض عليها.

وليس لها كذلك، أن تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكنا حمل حكمها فى النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل فى المسائل الدستورية التى يثيرها النص المطعون فيه؛ وكذلك إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه؛ أو كانت الأضرار التى رتبها لا تتصل بالمصالح التى يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً.

وعليها دوماً -وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته([1]).

وهذه الضوابط جميعها المعمول بها في التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، تعود جميعها في منتهاها إلى حقيقة قانونية تلزمها بألا تفصل فى المسائل الدستورية التى يكون بوسعها تجنبها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

"أن الرقابة القضائية التى تباشرها لا تعتبر إجراء احتياطيا، بل ملاذا نهائيا، وعليها بالتالى ألا تفصل فى الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها، إلى أساس آخر يستقيم معها ويصححها([2]).

ولئن كان من المفترض فى النصوص القانونية -وكأصل عام- هو حملها على أصل صحتها؛ وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملاذا أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك أن الفصل فى الخصومة الدستورية يفترض استواؤها على عناصر تقيمها، وتعلق المسائل التى تطرحها، بنزاع لازال حيا، داخلا فى ولايتها، فلا يكون الفصل قضائيا فيه مجرد رخصة يجوز التسامح فيها.

تاسعاً: تقييم ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

١٢٢- والضوابط المتقدمة جميعها لا ينافيها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية، بل هى نتاجها.

فما يقال من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل فى مسائل دستورية فى غير ضرورة ملجئة، مرده أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل أوانها، ولا الفصل فيها بعد أن صار النزاع عقيماً، فلا ترتجى منها فائدة لها شأن.

([1]) الحكم السابق.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢/٣٤ -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود واقعاتها، مؤداه أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائدا على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بغير حيثياتها الزائدة التي لا حجية لها لأن منطوق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطا لا يقبل التجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون؛ فقد تعين القول بانتفائها في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايا النصوص القانونية المطعون عليها، أو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً فعليا ومباشراً.

وما قررناه من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطئا لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلا يجنبها الوقوع في حمأة المخالفة الدستورية، مرده أن هذه الرقابة مناطها الضرورة. وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عصية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور[1].

بما مؤداه أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية الدستورية، أدخل في مجموعها وحقيقتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط مباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حيا، وفي حدود أبعاده؛ وعلى ضوء توافر المصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها؛ وبما يكون وسطا بين رقابة على الشرعية الدستورية تتسم بتهورها، ورقابة من نوعها تبلور تراجعها[2].

كذلك فإن ما تقتضيه الوظيفة القضائية من تناقض مصالح الخصماء في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها، علته أن مفهوم النزاع يفترض تحقق هذا التناقض، وأن يكون النزاع حقيقياً وحاداً. فلا خصومة بغير نزاع.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية"- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٧- ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

(٢) راجع في ذلك الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٩٩٤/٨/١٤- القاعدة رقم ٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل السابع
الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التى تتعلق بها

المبحث الأول
خصائص القيود التى يتطلبها الدستور

١٢٣- تتوخى القيود التى يفرضها الدستور، أن يكون لكل سلطة أنشأها، قواعد يستقيم بها بنيانها وضوابط حركتها، ودائرة تعمل فيها، وقيما تنزل عليها، ومقاصد تبتغيها؛ وأن يكون تعاونها مع غيرها واقعا فى الحدود التى رسمها الدستور؛ وأن تتوافر لكل حق أو حرية الضمانة التى نص عليها بما يصون جوهرها.

والسلطتان التشريعية والتنفيذية معنيتان أصلا بهذه القيود التى يقوض إهمالها قيم الجماعة وثوابتها، خاصة وأن الأصل فى السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها قيوداً تبين تخومها، سواء فى ذلك ما كان من هذه القيود متصلاً بالأشكال التى تفرغ فيها النصوص القانونية؛ أو بضوابطها الموضوعية التى تحتم تلاقيها مع المضمون الموضوعى لقواعد الدستور.

وفيما يجاوز قواعد الدستور فى جوانبها الشكلية والموضوعية، فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تفقد مبرراتها؛ ولو كان المدعى فى الخصومة الدستورية قد أقامها للدفاع عن مثل عليا يؤمن بها؛ أو تثبيتا لقيم ينحاز إليها؛ أو توكيدا لأشكال ديموقراطية يطلبها؛ أو إنهاء لجدل يدور حول ملاءمة النصوص القانونية المطعون عليها، أو حكمتها، وما إذا كان لتقريرها من ضرورة. بل يتعين أن يستند عوارها إلى شكلية تطلبها الدستور فيها، ولكنها فارقتها؛ أو إلى ضوابط موضوعية ألزمها الدستور بمراعاتها، ولكنها نقضتها.

وفيما عدا الأوضاع الشكلية التى يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية، فإن كل عيب آخر، إما أن يندرج فى إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية، كعيب إساءة استعمال السلطة.

المبحث الثاني
الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٤- يكون العوار في النصوص القانونية شكليا، إذا قام على مخالفة الأوضاع الإجرائية التى تطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان منها متصلا باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية؛ أو ما كان منها متعلقا بالشروط التى يفرضها الدستور فى شأن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتفويض منها([1]).

ذلك هو الضابط العام فى الأوضاع الشكلية التى يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية، لا يحيط بها فى كل صورها، وإنما يتناولها فى جوانبها الأكثر شيوعا، وفى الأعم من تطبيقاتها([2]).

كذلك لا يورد الدستور القيود الشكلية التى يتطلبها فى النصوص القانونية، فى مكان واحد، وإن كان تفرق مواضعها لا يفيد التجهيل بها، ولا يزيل عنها صفتها كضوابط إجرائية فى النصوص القانونية. ذلك أن قيود الدستور -وكلما توافر عنصر الإجراء فيها- تكون شكلية بطبيعتها.

- فالأغلبية الخاصة التى تتطلبها المادة ١٧٥ من الدستور لتقرير الأثر الرجعى للنصوص القانونية، شكلية إجرائية لابد من استيفائها لإجراء هذا الأثر([3]).

- والمعاهدة الدولية التى لا يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، تفتقر إلى الشكلية التى تطلبتها المادة ١٥١ من الدستور فيها، فلا تعد قانونا نافذا.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

([1]) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٥/٢ - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

([2]) أنظر فى ذلك "دستورية عليا " الدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣ -ص ١٠٥٧- ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

([3]) "دستورية" عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"- قاعدة رقم ٧/١٢- جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣- ص ١٥٠ من المجلد الثانى من الجزء الخامس. فقد دل هذا الحكم على أن توافر الأغلبية الخاصة التى يتطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعى للمادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية، يتعلق بمطاعن شكلية صرفة. وليس من شأن هذه المطاعن أن تطهر النص المطعون عليه من مثالبه الموضوعية.

<<إن الطعن بعدم دستورية نص فى اتفاقية دولية، إنما يطرح بحكم اللزوم توافر متطلباتها الشكلية التى استلزمتها المادة ١٥١ من الدستور، ليكون لها قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة([1])>>.

وعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية قرارا بقانون أصدره بتفويض منها أو فى غيبتها، شكلية إجرائية تطلبتها المادتان ١٠٧ و١٤١ من الدستور. فإذا أهمل رئيس الجمهورية استيفاء هذا الإجراء، صار القرار بقانون منعدما منذ صدوره.

ونشر القاعدة القانونية فى الجريدة الرسمية من أشكالها التى يرتبط وجودها بها.

ذلك إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، شرط لانبائهم بمحتواها. ويفترض نفاذها بالتالى إعلانها من خلال نشرها، وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها.

ومن ثم يرتبط سريان القاعدة القانونية وحمل المخاطبين بها على النزول عليها، بواقعتين تجريان معا وتتكاملان -وإن كان تحقق ثانيتهما معلق على وقوع أولاهما- هما واقعة نشرها؛ وواقعة انقضاء المدة التى حددها المشرع لبدء العمل بها.

فإذا لم تتتابعا على هذا النحو؛ وكان من المقرر أن القاعدة القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذ قارنتها صفتها الإلزامية التى تمايز بينها وبين القواعد الخلقية؛ فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءا منها، فلا تستكمل مقوماتها بفواتها.

يؤيد هذا النظر أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها وذيوع أحكامها، واتصالها بمن يعنيهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها.

ومن ثم يكون هذا النشر كافلا وقوفهم على ماهيتها ونطاقها؛ حائلا دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينيا، أو كان إدراكهم لمضمونها واهيا.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣- قاعدة رقم ٥/٣٠ -ص ٤٢٣ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

وحملهم قبل نشرها على النزول عليها –وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها– إخلال بحقوقهم أو بحرياتهم التى كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية السليمة التــــى حــدد تخومــها وفصّــل أوضاعها.

وصار أمراً مقضيا فى كل قاعدة قانونية لا تنشر، أنها لا تتضمن إخطارا كافيا بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التى اعتبر الدستور تحققها شرطا لجواز التدخل بـــها لتنظيــم حقوق الأفراد وحرياتهم([1]).

وغير صحيح القول بأن القاعدة القانونية التى لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها.

ذلك إن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تستنهضها تلك النصوص التى تم تطبيقـــها فى شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها.

إذ يعتبر إخضاعهم لها، تدخلا فعليا Actual interference فى شئونهم، ملحقا ضررا باديـــا أو محتملا بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التى أحدثتها تصورا نظريا.

فضلا عن أن الخصومة الدستورية لا يجوز أن تتعلق بنصوص قانونية كان تطبيقها متراخيـــاً لم يحن بعد أوان إعمالها Pre- enforcement؛ ولا بنصوص قانونية ظل إعمالها، بمـــا يفيـد إرادة التخلى عنها بعد نشرها.Dormant provisions

فإذا كان فرضها على المخاطبين بها، واقعا قبل نشرها، أخل سريانها فـــى شـــأنهم بـــالحقوق والمراكز القانونية التى مستها، فلا يكون رد العدوان عليها عملا مخالفا للدستور([2]).

([1]) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" –جلسة ٣ يناير ١٩٩٨– قاعدة رقم ٧٣– ص ١٠٥٧ مـــن الجـــزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) "دستورية عليا" –القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" –جلسة ٣يناير ١٩٩٨– قاعدة رقم ٧٣/٤–١١ ص ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثالث
ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٥- وينبغي أن يلاحظ في شأن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ما يأتي:

أولاً: أن توافر الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور في النصوص المطعون عليها، يقتضي أن تستوثق جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع أيا كان وجهها أو موقعها من الدستور([1]).

ثانياً: أن الأشكال التي حتم الدستور إفراغ النصوص القانونية فيها، تعتبر من قوالبها التي لا يكتمل لهذه النصوص كيانها بدونها. فإذا لم يصبها المشرع في قوالبها هذه، زال وجودها كقواعد قانونية يتقيد المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا تصير غير أعجاز نخل خاوية.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: <<أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيانها أصلا في غيبتها، لتفقد بتخلفها وجودها كقواعد قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام([2])>>.

ثالثاً: تتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، علي ضوء ما قررته في شأنها، أحكام الدستور الذي فرضها([3]).

ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا يتصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكنا إدراكها عند إقرارها أو إصدارها.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣- قاعدة رقم ٦/١٣ ص ١٦٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ ص ٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

([3]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩١/١٢/٧- قاعدة رقم ١/٩ -ص ٣٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك العيوب الموضوعية فى النصوص القانونية، إذ مرد الفصل فى توافر هذه العيوب أو تخلفها، إلى الدستور القائم وقت حسم الخصومة الدستورية.

رابعاً: الأصل فى الرقابة على الدستورية التى تتركز فى جهة قضائية واحدة، أنها تتناول كافة المطاعن الموجهة إلى النصوص القانونية الشكلية منها والموضوعية. ذلك إن قصر الرقابة المركزية على المطاعن الموضوعية وحدها، مؤداه أن يعود الخوض فى عيوبها الشكلية إلى رقابة الامتناع التى كان زمامها بيد المحاكم جميعها، لتفصل فى توافرها أو تخلفها بأحكام يناقض بعضها البعض، بما يخل بالوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء من جهة محتواها، أو من زاوية الأشكال التى فرضها الدستور على المشرع[1].

---

(1) "دستورية عليا" القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩١/١٢/٧- قاعدة رقم ٣/١٢ -ص ٥٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع
النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية

١٢٦- تفترض عيوبها هذه، أن يناقض مضمون القاعدة القانونية، حكما موضوعيا في الدستور.

كذلك فإن إقرار السلطة التشريعية لنصوص قانونية انحرافا بها عن مقاصد حددها الدستور، وتنكبها بالتالي لأغراض عيّنها، مؤداه أن مقاصده من هذه النصوص من مكوناتها، فلا ينفصل بنيانها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية([1]).

وإذ كان من المقرر أن النصوص القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا أفرغها المشرع في قوالبها الشكلية التي لا تقوم هذه النصوص بدونها، ولا يكون لها وجود بتخلفها؛ وكان من البدهي أن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحا قبل بحثها، تتقدم غيرها؛ وكان إحياء النصوص القانونية التي أغفل المشرع صبها في قوالبها الشكلية، لا يعدو أن يكون جهداً ضائعا؛ فقد تعين القول بأن القانون بمعنى الكلمة، إنما يتمثل في تلك النصوص التي أقرها المشرع بعد استيفائها للأوضاع الشكلية التي يرتبط وجودها بها.

ومن ثم تتقدم الشكلية في النصوص القانونية، على متطلبات إخضاع مضمونها لقواعد الدستور في محتواها.

فلا تخوض جهة الرقابة على الدستورية في مطاعن من طبيعة موضوعية، قبل تقصيها لشكلية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ وإلا كان نظرها في المطاعن الموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة([2]).

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١ فبراير ١٩٩٧- القاعدة رقم ٢٣/٥ -ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٢/١- قاعدة رقم ٢٣/٣ ص ٣٤٨- ٣٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك ما يدعى به من تعارض بين نص قانونى مطعون فيه من جهة وبين مضمون قـاعدة فى الدستور تحكم هذا النص من جهة أخرى.

ذلك إن الفصل فى هذا التعارض-سواء بتقرير قيام المخالفة الموضوعية المدعى بها أو بنفيها- يفترض لزوما استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه([١]).

ويتعين دوماً الرجوع إلى أحكام الدستور القائم، للفصل فى اتفاق النصوص القانونية المطعـون عليها أو تعارضها مع مضمون قواعده.

ذلك أن قواعد الدستور من جهة مضمونها، هى التى تقيم مجتمعها وفق الصورة التى ارتأتـها، وعلى ضوء القيم التى احتضنتها، والتى لا يجوز تحديد ملامحها وفق نصـوص تضمنـها دسـتور سابق، وإلا كان للدولة الواحدة نظامان قانونيان قائمين فى وقت واحد لكل منهما وجهة مختلفة. وهـو ما لا يتصور بالنظر إلى هذين النظامين يتصادمان بالضرورة، ولا يعقل بالتالى تطبيقـهما فـى آن واحد، وإنما يتعين أن تكون الغلبة للدستور القائم وحده ليحكم كافة العلائق القانونية التى تثـار فـى ظله، سواء فى ذلك ما نشأ منها سابقا على نفاذه أو بعد العمل به.

ويتعين بالتالى تنحية الدستور القديم عند الفصل فى المطاعن الموضوعية حتى لا يفرض هـذا الدستور الفلسفة التى كان يقوم عليها، على أوضاع قائمة نبذتها([٢]).

وهو ما قررته المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الطبيعة الآمرة لقواعد الدستور، وعلوهـا على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التى ينبغى أن تقوم عليها الجماعة، والتى ترتبـط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنيانها ومدخل تكوينها، تقتضى إخضاع القواعد القانونية جميعـها - وأيا كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم، لضمان اتساقها والمفاهيم التى أتى بها، فلا تتفـوق

([١]) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢/١٢ و٣ و٤- ص ١٤٥ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

([٢]) لو تصورنا أن الدستور القائم تبنى نظاما اشتراكيا كاملا على خلاف دستور سابق يحكمه توجه رأسـمالى، فـإن دستورية القوانين المطعون عليها لعيب موضوعى، تتحدد على ضوء الأفكار الاشتراكية لا الرأسمالية.

هذه القواعد –فى مضامينها– بين نظم مختلفة يناقض بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التى يتطلبها الدستور القائم فى شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية(١).

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور فى جوانبها الموضوعية، هى التى تعكس القيم والمثل التى بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التى تنظم الجماعة وضوابط حركتها. فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازما(٢).

ولا يعتبر رفض جهة الرقابة على الدستورية للمطاعن الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية، مُطَهرا هذه النصوص من مثالبها الموضوعية، بل يجوز النظر فى عيوبها الموضوعية بعد رفض مطاعنها الشكلية(٣).

ولا كذلك قضاء جهة الرقابة على الدستورية فى شأن تحقق العيوب الموضوعية فى النص القانونى المطعون فيه. ذلك إن فصلها فى هذه المطاعن، يفيد ضمنا –وبالضرورة– استيفاء هذا النص للأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه، بما يحول دون بحثها من جديد(٤).

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق "دستورية" –جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ – قاعدة رقم ١/٩٦– ص ١٢٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" –جلسة ٢ يناير ١٩٩٣– القاعدة رقم ٨/١٢ و٩ –ص ١٥٠ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" –جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢– القاعدة رقم ١/٣٦– ص٣٣٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" –جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥– قاعدة رقم ٩/٢ – ص ٥٣ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

المبحث الخامس
الحجية المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية
العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً

١٢٧- وسواء كان إبطال المحكمة للنص القانونى المطعون عليه، مرده إلى شكلية فوتها، أو إلى خروجه على حكم موضوعى فى الدستور، فإن النص فى الحالتين يتجرد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، وعلى الأخص من قبل سلطات الدولة جميعها بما فيها السلطة القضائية. بل أن الحجية المطلقة التى يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، تقييد كذلك الناس جميعهم، وبتجريد النص القانونى المطعون عليه من القوة التى كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستورية، ينعدم وجود هذا النص، فلا يبقى موجودا على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التى كان يرتبها. ولا يتصور بعدئذ تقرير بطلان جديد فى شأن هذا النص. ذلك أن تقرير بطلان جديد فى شأن نص لم يعد موجودا، مؤداه أن يرد البطلان الجديد على نص قانونى غير قائم، وهو ما لا يسوغ فى حكم العقل([1]).

([1]) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٤٤/١/١- قاعدة رقم ١/١١ ص ١١٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤- قاعدة ٣/١٥ -ص١٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

الفصل الثامن
الرقابة القضائية على الدستورية: مُوَجهاتها

١٢٨- تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية مهامها باعتبارها حامية للدستور، وعليها بالتالى أن تحدد نطاق تطبيقه ومعانيه من خلال تفسيرها.

ذلك أن تطبيقها للدستور على واقعة بعينها، يقتضيها أن تعطى لأحكامه دلالتها، وأن ترد إليها وتقيس عليها، الأعمال التى تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، خاصة مع غموض الدستور فى كثير من جوانبه.

ويظل اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية متواصلا فى مجال تحديدها معانى الدستور؛ ومتواليا على صعيد إحداثها حقوقا جديدة لا نص عليها فيه، وإن اعتبرتها من فيض قواعده لتبتعد أحكامه شيئا فشيئا عن الصيغة التى أفرغ أصلا فيها، وليظهر الدستور فى النهاية وكأنه مجرد ظلال باهتة للصورة الأولى التى كان عليها، وعلى الأخص من خلال مبادئ دستورية تضيفها إلى الدستور، وكأنها تقوم بعملية خلق لوثيقة جديدة لها ملامح مختلفة عن الصورة التى كان الدستور عليها.

ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحا فى الدول الفيدرالية حيث تقيم جهة الرقابة القضائية على الدستورية، رباطا وثيقا بين ولاياتها من جهة، وبين القيم التى احتضنها دستور الاتحاد من جهة أخرى، لتمد دائرة تطبيقها إلى أقاليمها بكل مكوناتها، إلى حد القول بأن جهة الرقابة على الدستورية لم تعد تفسر القانون، ولكنها تصنعه من خلال مفاهيم توجهها، وتتخذها نقطة انطلاق لأحكامها فى بنيانها ودعائمها. لا قيد عليها فى ذلك، إلا أنها تفصل فى خصومة قضائية لا تخولها صناعة القانون فى صورة مجردة، وإنما على ضوء الواقعة المتنازع عليها، وفى إطارها([1]).

بما مؤداه أن لأحكامها، موجهاتها التى تتعدد أشكالها، وإن أمكن رصد بعض جوانبها وأهمها:

([1]) Ruggero J.Aldisert, "The Role of Court in Contemporary Society" Views From The Bench, pp.257 - 260.

المبحث الأول
السوابق القضائية

١٢٩- فى الدول التى يقوم نظامها القضائى على اعتماد السوابق القضائية، يكون لهذه السوابق أثر كبير فى تشكيل القواعد القانونية، وثباتها.

بيد أن السوابق القضائية قد تعوق أحيانا تطوير هذه القواعد إذا حال التقيد بها دون تصحيحها من الأخطاء التى اعترتها. ذلك أن إبقاءها على حالها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه دوام الأضرار التى قارنتها.

وكان منطقيا بالتالى أن تؤثر السوابق القضائية -وإلى حد كبير- فى دور جهة الرقابة على الدستورية إذا انحاز قضاتها إلى القديم، من خلال تطبيقهم سوابق قضائية بعد زمنها، ولو كان تغييرها مطلوبا، وخطؤها فادحا، وكأنهم يتحركون فى دائرتها، ويعتصمون بمبادئها، رغم إيمانهم بأن السوابق القضائية تحول بطبيعتها دون تغيير مضمونها بما يوائمها وروح العصر؛ وأنها تتمحض إعناتا يتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صبوا هذه السوابق فى قوالبها؛ وأحاطها من تبعهم بالجمود من خلال الإصرار على تطبيقها؛ نكولا من جانبهم عن إعمال حكم العقل فى مسائل دستورية لا يجوز أن تحول السوابق القضائية -بضغوطها- دون النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد منغلقا، وتراضيهم مطردا على الإذعان لأصداء من الماضى البعيد لا يتحولون عنها؛ حال أن الفصل فى الخصومة القضائية مرتبط بوقائعها فى زمن حدوثها، وبما هو قائم من ظروفها عند اتخاذ قرار فيها.

ومن ثم تكون السوابق القضائية فى واقعها قيداً على تطوير الدستور، وإن كان الخطأ محتمل فيها، وكان تصويبها ليس فقط مجرد ضرورة يقتضيها أن يظل القانون حيا وفاعلا، بل كذلك لرد أضرار قارنتها، وآثار سيئة لابستها، بما يجعل العدول عنها ضمانة جوهرية تحول دون تأبيدها، وعلى الأخص كلما كان تعديل الدستور لازما لتجاوز السابقة المعيبة، وكان لا يجوز إجهاضها من

خلال قانون يصدر عن السلطة التشريعية، مثلما هو الأمر فى المملكة المتحدة التى يستطيع برلمانها إهدار كل سابقة يعارضها([1]).

وينبغى بالتالى، أن يكون للسوابق القضائية دور محدود فى نطاق الفصل فى المسائل الدستورية، وأن يكون لجهة الرقابة القضائية على الدستورية مفاهيم خاصة بها، لا تتقيد فيها بآراء سابقة لآخرين صاغوها على ضوء اجتهاداتهم التى لا يجوز أن تفرض نفسها على أفكار غيرهم، وإلا انقلبوا ترجيعاً لأصواتهم، يرددونها فى غير وعى، أو دون بصر بخطورة نتائجها، وعقم محصلتها، وسوء عاقبتها. ليظهر قضاة جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وكأنهم تقمصوا شخصية الأقدمين، يتحدثون بلسانهم، وينطقون بكلماتهم، ويعايشونهم.

وليس ذلك إلا لهوا وعبثا عريضا لا يغتفر، ذلك أن التقيد بالسوابق القضائية، يفيد بالضرورة معاملتها كحقيقة ثابتة لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها؛ وتطبيقها بالرغم من سوئها، ومحاكاتها فى الأفكار الرجعية التى عضدتها([2])، وبقاؤها بعيوبها وملامحها الشائهة إذا لم يُعدل الدستور لتجاوزها([3]) أو تعْدل عنها جهة الرقابة القضائية على الدستورية التى لا يجوز أن تسترقها سوابق قضائية قديمة ترتبط بوقائعها، وبالأوضاع القائمة فى زمنها، خاصة وأن فرائض الأمس أو مفترضاته، قد تظهر اليوم باعتبارها من الأساطير أو صورا من الخيال والأوهام.

كذلك فإن القوانين التى كان ينظر إليها فى الماضى باعتبارها استجابة معقولة لآمال الجماعة التى عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة، أو تنحيها بدائل وحلول أكثر معقولية من تلك التى تبنتها هذه القوانين من قبل.

فضلا عن أن القيم التى ترعاها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قد تنقضها قيم جديدة تحتضنها فى طور آخر، فلا يكون صونها إلا مقتضيا تعديل السوابق القديمة، أو إبدالها.

([1]) تنعقد السيادة فى المملكة المتحدة للبرلمان الذى يستطيع وفقا للعبارة المشهورة، تغيير كل شىء إلا أن يجعل المرأة رجلا، أو الرجل امرأة.

ولا كذلك الأمر فى الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يملك الكونجرس سلطة نقض حكم صدر عن محكمتها العليا، وهو ما اقتضى إدخال التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي لنقض حكمها الصادر فى قضية Dred Scott v. Sandford , 60 U.S. 393 (1856)، وإدخال التعديل السادس عشر لنقض حكمها فى قضية:

Pollock v. Farmers' loan and Trust Co. 157 U.S. 429 (1895).

([2]) Jackson, Struggle for judicial Supremacy (1941), p.295.

([3]) Bernhardt, Supreme Court Reversals on Constitutional Issues. 34 Cornell L.Q 55 (1948).

ولا يجوز بالتالى أن تعزل جهة الرقابة القضائية على الدستورية نفسها عن المفاهيم المتغيرة للقيم، وكأنها بعيدة عن إدراكها(١).

وليس سائغا فى حكم العقل، أن تظل السوابق القضائية عصية على التعديل، بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر، يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعها تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا جرم فى أن لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين، عثراتها، ولها كذلك تجاربها التى قد يصيبها التوفيق أحيانا؛ أو يكون إهدارها لحقائق العدل فى أخص مكوناتها، جلياً(٢).

فالقضاة فى كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم.

وعليهم -ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا- تقويم ما أعوج من أحكامهم التى لا تبلور فى حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التى لا تصدق نتائجها دوما، خاصة فى نطاق المفاهيم الدستورية التى يتعين ضمان نموها.

ولا يليق بقضاة لا يعايشون الأوضاع ذاتها التى عاصرها الأقدمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التى روج أسلافهم لها فى عهود مختلفة والتى كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطويرها(٣).

Precedents in constitutional law are the most powerful influence in forming and supporting reactionary opinions.

---

(١) وليس أدل على فساد نظام السوابق القضائية من أنه خلال الفترة من ١٨١٠ حتى ١٩٥٧، نقضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تسعون قراراً سابقاً صدر عنها فى بعض القضايا من بينها ستون قضية كانت المسائل المثارة فيها من طبيعة دستورية

Antiéau, Modern Constitutional law, volume Two, 1969, p. 707.

(٢) ومن ذلك ما كانت تؤمن به المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من أن حضور محام مع المتهم فى جناية ليس أمرا جوهريا لضمان محاكمته بطريقة منصفة، ثم عدولها عن حكمها هذا فى قضية:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(3) Douglas, Stare Decisis, 49 Col. law Review, 1949, pp. 735, 736; jackson, struggle for judicial Supremacy (1941), p. 255.

المبحث الثانى
مقاصد آباء الدستور
Intent of the Framers of the Constitution

١٣٠- يقصد بآباء الدستور، هؤلاء الذين صاغوه بأفكارهم وعباراتهم، ليظهر الدستور -وكلما كان مواكبا لتطور النظم الديموقراطية- باعتباره متوخيا حماية الحرية الفردية، داعما انطلاقها إلى آفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصما من جموح السلطة أو انفلاتها، وبما يحدد للجماعة إطاراً لمصالح تصون بها مقوماتها(١).

ومن ثم لا تصدر الدساتير عن آباء غير شرعيين. ولكنها تولد بيد هؤلاء الذين كان لهم فضل خلقها وإنباتها، فلا تكون مقاصدهم من النصوص التى تضمنتها بعيدة عن معانيها، وعلى الأخص كلما دار حوار عريض حول حقيقة هذه النصوص ومراميها من خلال مؤتمر أو جمعية تبنتها، بعد وقوفها على جوانبها، وتعرفها على مشكلاتها، وآثارها العملية.

كذلك، فإن كل تعديل يرد على الدستور، لا يأتى من فراغ، بل تدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلا عن جذور ضاربة فى الأعماق، هى التى تتحراها جهة الرقابة على الدستورية، وتستلهمها فى أحكامها.

ويظهر ذلك على الأخص على صعيد وثائق إعلان الحقوق التى لا تنتزع مفاهيمها عنوة، ولا تتساقط نصوصها من مكان مجهول. وإنما تمهد لها أفكار سابقة عليها، وتحرض على تبنيها وتدعو إليها، حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وروجوا لها، وجذبوا إليها من يناصرونها. فلا يكون التخلى عن هذه الأفكار والحقائق، إلا فصلا لوثائق إعلان الحقوق، عن الأوضاع التى أحاطتها وأنتجتها.

ولا كذلك آراء أشخاص لم يكن لهم دور فى تكوين بنيان الدستور أو وثائق الحقوق. ذلك إن ما تعطيه جهة الرقابة من وزن لهذه الآراء، لا يعدو أن يكون محض تقدير من جانبها لوجهة نظر بذاتها.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥/أ -ص ١٤٠ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

على أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدساتير وتعديلاتها، ولوثائق إعلان الحقوق، وإن ساغ الاستهداء بها لفهم أحكامها، ولتحديد غاياتها بصورة تقريبية؛ إلا أن التقيد بها والنزول عليها، وتطبيقها كحقائق ثابتة لا نزاع فيها، أمر ينبغي أن يؤخذ بأكبر قدر من الحذر.

فقد تناقض هذه الأعمال، ما آل إليه أمر هذه النصوص في صيغها النهائية. وحتى إذا وافقتها، فإن مضامينها وأبعادها، تتأثر غالبا بوجهة النظر الشخصية والسياسية لهؤلاء الذين أقروها؛ وبما افترضوه من حقائق وأوضاع اقتضتها في زمنهم؛ وبما تصوره بعضهم من قيم انفرد بها، ولو عارضه آخرون فيها.

بل إن معاني النصوص التي تضمنها الدستور، يمكن كشفها على ضوء ما طرأ على صياغة هذه النصوص من تغيير خلال المراحل المختلفة لتكوينها، وعلى الأخص إذا كان من صاغوها قد أدخلوا تعديلا عليها قبل أن تظهر في صورتها النهائية، سواء بحذفهم لعبارة منها، أو بإسقاطهم مصطلحا أو كلمة قدروا أنها في غير موضعها، أو لأنها تبلور توجها يضيقون به، أو تعطي لعبارة النص معنى لا يرغبون فيه.

ولا يجوز بالتالي، أن ينظر إلى هذه النصوص باعتبارها من خلق إرادة جازمة أحدثتها. في الصورة التي هي عليها. إذ هي في واقعها نتاج آراء متفرقة، جمعها التوافق في بعض أجزائها، أو فارقها التعارض في بعض جوانبها.

فلا تبلور هذه الآراء غير المفاهيم التي آمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها. ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفا ثابتا لا ينقض حتى بوصفها وجهة نظر حرصوا عليها، أو إملاء يحكم تفسير الدستور.

ومع ذلك، تظل الأعمال التحضيرية للدستور، وما اتصل بها من الحقائق التاريخية، إطاراً خلفيا لنصوصه يقتضي وضعها قدر الإمكان، قريبا من مقاصد الرجال الذين قاموا بتشكيلها، وعلى الأخص ما تعلق بالشرور التي أرادوا دفعها؛ وبمواطن الخلل في مجتمعهم التي قصدوا إلى تقويمها؛ وبأخطاء الماضي التي عمدوا إلى تجنبها؛ وبمخاوفهم من إحيائها(١)؛ وبالأغراض التي حرصوا على تحقيقها.

---

(١) تضمن دستور جمهورية مصر العربية، كثيرا من النصوص التي صاغها لمواجهة أخطاء الماضي وتجاربه السيئة، من بينها نص المادة ٤١ التي تكفل ضمان الحرية الشخصية؛ ونص المادة ٤٢ التي تمنع إيذاء الشخص أو تعذيبه؛ ونص المادة ٤٥ التي تكفل حرمة الحياة الخاصة؛ ونص المادة ٥٧ التي ترقى بالاعتداء على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور، إلى مرتبة الجريمة؛ ونص المادة ٧١ التي تخول كل من قبض عليه حق إبلاغ من يراه بما وقع عليه.

ولا يكون ملائما بالتالي إهمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالغامض من نصوص الدستور التي لا تجليها أحيانا إلا مصادر خارجية تعطى لهذه النصوص مناخها، ومحيطها الاجتماعي.

ولقد ظل واضحا في أذهان كثيرين، أن لكل خصومة قضائية تفصل فيها جهة الرقابة على الدستورية، مشكلاتها التي تتسم بتعقد عناصرها، ولا تفلح في حلها، لا الحقائق التاريخية، ولا مقاصد آباء الدستور، خاصة وأن التقارير التي تعد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التي تعاصره، أو تتقدمه، كثيرا ما تكون فقيرة في مادتها، فلا تلقى ضوءا واضحا على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور، أو ناقشوها وأقروها، بل يتعين التحوط في استخلاص نواياهم، بالنظر إلى أنهم ما تطرقوا إلى النصوص التي بحثوها إلا من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة في مواجهة المسائل التفصيلية التي تثيرها الخصومة الدستورية، بل قاصرة عن تغطيتها.

وربما كان من الأوفق أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية، العلاقة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التي قصد آباء الدستور إلى توقيها من جهة أخرى.

فكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤديا إلى هذه المخاطر، أو كان موطئا لها؛ فإن الحكم بعدم دستوريتها، يكون لازما([1]).

كذلك فإن على جهة الرقابة أن تنظر إلى نصوص الدستور باعتبارها متطورة بطبيعتها، وأن مقاصد الرجال الذين صاغوها لا تحسم دائما الأوضاع الجديدة التي تعايشها هذه النصوص Inconclusive؛ وأن تحليل نفسيتهم لن يقدم إلى هذه النصوص شيئا نافعا.

([1]) School Dist. Of Abington Twp. v.Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

المبحث الثالث
القانون الطبيعي

١٣١- لا يعتبر القانون الطبيعي نتاج عمل يصدر عن الدولة أو أجهزتها. بل هو مجموعة من القيم السابقة في وجودها على القواعد القانونية الوضعية. وهي قيم جوهرها العدل، وتعرضها أو تعلنها وثائق الحقوق، ولا تنشئها، وينظر إلى الإخلال بها باعتباره من صور الاضطهاد Opression التي تجب مقاومتها(١) Devoir de résistance à l'opression.

وكان منطقياً أن تنظر هذه الوثائق، إلى الحقوق الطبيعية، بوصفها حقوقا لا تتقادم، ولا يجوز النزول عنها؛ وترقى في أهميتها إلى حد تقديسها(٢).

والرجوع إلى النظم القضائية في القانون المقارن، يدل على تسليمها بأهمية القانون الطبيعي، وأنها تحيل إلى هذا القانون في كثير من أحكامها(3) ولم يقتصر دور القانون الطبيعي على بيان الحقوق الأساسية لكل إنسان، ولكنه أعان القضاء كذلك على تحديد مضمونها وبيان نطاق القيود التي يجوز فرضها عليها.

فضلا عن أن الاهتمام بالحقوق الطبيعية، نقلها من وثائق إعلان الحقوق إلى الدساتير ذاتها كنص المادة ٤١ من دستور جمهورية مصر العربية التي تقضي بأن الحرية الشخصية حق طبيعي.

كذلك تنص الفقرة /٢ من المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني -وفي إشارة منها إلى الحقوق الطبيعية- على أن للمواطنين -ومن أجل تأسيس كل جماعة إنسانية، ولضمان صون السلم وتحقيق العدل- حقوقا لا يجوز انتهاكها ولا إخضاعها للتقادم.

---

(1) François Luchaire le, "Coneil Constitutionel, Economica, 1980, p. 9.

وتنص المادة الثانية من الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٨٩ على أن الحقوق الطبيعية للإنسان والتي لا يشملها التقادم، هي الحرية والملكية وضمان مقاومة الطغيان.

(٢) ويعترف هذا الإعلان كذلك بأن الحقوق الطبيعية للإنسان لا تقبل التصرف فيها Inaliénables وإنها كذلك حقوق مقدسة Sacrés.

(3) Charles Debbasch- jacques Bourdon- jean claude Ricci, jean- marie, pontier Droit constitutionnel et institutions politiques, 3 e edilion, pp. 4-5.

وبالغ المؤيدون للقانون الطبيعى إلى حد القول بأن ما تقره السلطة التشريعية أو تصدره السلطة التنفيذية من النصوص القانونية، لا يزيد على أن يكون مجرد تعبير عن مفاهيم القانون الطبيعى؛ وأن وجود هذه النصوص أو حياتها القانونية، رهن بتحقيقها لهذه المفاهيم، وإلا تعيـــن إهدارهـــا بقـــدر تعارضها معها.

وهو نظر غير سديد. ذلك أن سلطة الدولة تخولها إقرار النظام فى إقليمها من خـــلال قواعـــد قانونية تصوغها بنفسها، وتواجه بها الأوضاع التى تحيط بها، وتكفل من خلالها صون حقوق الأفراد على الأشياء التى يتقاسمونها. كذلك حرص القانون الطبيعى على صون وجود الدولة من المخـــاطر الحالة الظاهرة التى تحيط بها وتهددها.

على أن المؤيدين للحقوق الطبيعية عضدوا رأيهم بالقول، بأن الناس منذ خلقهم كانوا أحـــراراً؛ وأن ضمانهم لحريتهم حملهم على الدخول فى عقد اجتماعى يكون منهيا لحالتهم البدائية، ومنتهياً إلـــى تأسيس السلطة السياسية التى تكفل لحقوقهم ولحرياتهم ضماناتها التى ما نزل الأفراد عن شئ منـــها، إلا بقصد تحقيق التماسك الاجتماعى لهذه السلطة.

وفيما عدا هذه الدائرة المحدودة النطاق، فقد احتفظ المواطنون لأنفسهم بتلك الحقوق والحريات التى لا يجوز للسلطة السياسية أن تمسها. وما وثائق إعلان الحقوق غير ترديد لحرياتهم ولحقوقـــهم هذه.

والفقهاء والقضاة الأمريكيون يرجعون كثيراً من مفاهيم الدســـتور الأمريكـــى إلـــى القـــانون الطبيعى(١) -وهو قانون يقوم فى مجمل أحكامه على حقائق العدل التى يدركها العقل- وهم يؤيـــدون رأيهم قائلين بأن كافة الحقوق التى أدرجتها فى صلبها الوثائق الأمريكية لإعلان الحقوق، لها جذورها من القانون الطبيعى(٢)، وأن لغتها فى التعبير عنها، هى أنها حقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، أو التعامل فيها؛ وأن الحقوق التى نصفها اليوم بالحقوق الأساسية fundamental Rights، جميعها حقـــوق نظر إليها آباء الدستور The Framers بوصفها من الحقوق الطبيعية التـــى ينـــدرج تحتـــها، حريـــة

---

(1) The Debt of American constitutional Law to Natural Law Concepts, 25 Notre Dame law 258 (1950) ;Hains, Law Nature in State And Federal decisions, 25 Yale Law Journal, 617 (1916).

(2) Antieau, Rights of our Fathers , Coiner Pub., Vienna, Va (1968).

الاتصال والانتقال والاجتماع([1]) وحقوق الملكية، وحق البدن فى التحرر من القيود غير المبررة، والحق فى الحياة وفى تكامل الشخصية، فضلا عن حرية العقيدة التى لا تخول أحداً حرمان غيره من تولى وظيفة مدنية بالنظر إلى العقيدة التى دخل فيها.

وهى بعد حقوق لا يجوز للدولة أن تخل بها، ولو بقانون صدر عن أغلبية برلمانية. ذلك أن الطغيان Depotism هو الطغيان. وما يوجه النظم القانونية فى الدول الديموقراطية، ويجعلها أدخل إلى مفاهيم القانون الطبيعى، هو إنصافها.

بل إن الوسائل القانونية السليمة فى تطبيقها المعاصر، تبلور فى حقيقتها مفاهيم القانون الطبيعى التى يقارن الإخلال بها جزاء من الدستور. وهو بذلك ينتظم قواعد مبدئية خلقية غائرة فى التقاليد، عميقة فى الوجدان، إلى حد إلحاقها بالحقوق الجوهرية التى تظاهرها الحقائق التاريخية فى النظم المدنية(٢).

بما مؤداه اتصال القانون الطبيعى بموازين الحق والعدل التى تتوارثها الأجيال، وكذلك بالقيم التى تتفهمها الدول الديموقراطية فلا تطحنها بقوتها لتظل يدها بعيدة عن كل إخلال غير مبرر بالحق فى الحياة أو بالحرية أو بالحق فى الانتقال، أو بالحق فى تحرير البدن من القيود الجائرة للقبض أو الاعتقال، وكذلك بالحق فى ألا يشهد الأشخاص -جبرا- على أنفسهم بما يدينهم.

([1]) الحق فى الاجتماع لأغراض سليمة كان سابقا على وجود الدساتير ذاتها، ومكفولاً من الأمم المتحضرة جميعها باعتباره من الحقوق التى لم يكفلها أحد لغيره. ويلاحظ أن الحقوق الطبيعية تطورت منذ منتصف القرن السابع عشر من خلال مدرسة القانون الطبيعى، ثم اعتنقها ودعمها الفلاسفة الفرنسيون فى القرن الثامن عشر من أنصارها لوك وجان جان روسو.

Jacqes Robert, Droits de L'homme et Libertés Fundamentales, 6 e édition, pp. 34- 35.

(2) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934); Solesbee v.Balcom, 339 U.S. 9 (1950); Hains, Revival of Natural law, Cambridge (1930), p. 347.

المبحث الرابع
التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم

١٣٢- التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم -تشريعيا كان أم قضائيا، تراث للبشرية في مجموعها، لا تعزل الدول المعاصرة نفسها عن محتواه، ولا تضيق به أو تنحيه كلية. ولكنها تستلهمه في خطاها، بشرط اتفاق القيم التي يقوم عليها هذا التنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التي تتأثر بها.

ويظهر ذلك بوجه خاص في الدول الفيدرالية التي يكون لكل ولاية فيها دستورها الخاص بها.

ذلك أن المحكمة العليا الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية تعطي للتفسير الصادر عن الولاية في شأن دستورها المحلي، وزنا كبيرا في مجال تقييمها لمدى اتفاق هذا الدستور، أو قوانين الولاية مع دستور الاتحاد.

بل إن وصفها لبعض الحقوق بأنها أساسية، يعتمد على نظرة كل ولاية لهذه الحقوق وتقييمها لخصائصها، وإن كان لا يجوز أن تتقيد بنظرتها هذه في كل الأحوال، بل عليها أن تصدر أحكامها على خلافها، كلما كان ذلك ضروريا أو ملائما(١).

ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توافقا مع النظم القانونية التي تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تؤمن أكثر الدول بها، وتراها خطا واضحا لردع كل عدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم.

هذا فضلا عن ارتكاز هذه الرقابة في وسائلها على نظام للقيم لا تختص به دولة دون أخرى. وإنما يسعها جميعا من منظور صونه كرامة الإنسان وآدميته، فلا تتفرق مفاهيم الدول في هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض، وهو ما دعا القاضي Frankfurter إلى أن يقرر بأن شرط

---

(١) ففي قضية [Wolf v. Colorado 338 U.S. 25, (1949)] لم تلزم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، الولايات الأعضاء في الاتحاد باستبعاد الدليل الذي يتأتى من مصدر غير مشروع بالنظر إلى اتجاه الولايات إلى إعمال هذا الدليل، ثم ألزمتها المحكمة العليا بعد ذلك باستبعاد كل دليل غير مشروع من المحاكمة الجنائية. وذلك في قضية:

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

الوسائل القانونية السلمية لا يتحدد مفهومه إلا على ضوء ما يعتبر حسنا ومنصفا، مفضيا إلى قيم العدالة التى تبنتها الدول الناطقة بالإنجليزية(١).

ويظهر التوافق بين الدول بصورة أعمق على صعيد قواعد القانون الدولى التى تطبقها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك إن الأمم جميعها تظلها الأسرة التى تجمعها، وحقوق أعضائها متكافئة فيما بينها، وعلى الأخص فى نطاق تحديد ما يقع فى إطار الشئون الخارجية من مسائل، وما لا يندرج تحتها(٢).

كذلك فإن الأوضاع التى استقر عليها العمل فى بلد ما، قبل وبعد إقرار نصوص دستورها Long settled and established practice قد تدل بامتداد زمنها، واطراد القبول بها، على اتجاه عام توافق أفراد الجماعة عليه، وصار مقيدا لها فى مجال تفسير الدستور.

ولا تقل الحقائق التاريخية فى وزنها ودلالتها، شأنا عن تقاليد الجماعة وثوابتها، وما استقر عليه العمل فى محيطها. ذلك أن جميعها تقدم لنصوص الدستور التى لا تتعارض معها، عناصر تُعينها على بلورة معانيها، وتؤثر بوزنها فيما ينبغى أن يكون عليه التفسير المنطقى لها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تمد بصرها إلى الفقه والقضاء المقارن فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحا كى تأخذ من التنظيم المقارن أفضل اجتهاداته فى كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهرا ثريا بقيم العدل المتدفقة فى عطائها، والتى لا ينقطع جريانها عبر الحدود الإقليمية على اختلافها.

وقد كان هذا النظر محل اعتبار المحكمة الدستورية العليا التى أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطن وحرياته فى مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التى درج العمل فى الدول الديموقراطية على انتهاجها فى مظاهر سلوكها وطرائقها فى الحياة(٣).

---

(1) Rochin v. California, 342 U.S. 165,169 (1952).
(2) Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).
(٣) "دستورية عليا" –القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" –جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ –قاعدة رقم ١٤ –ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الخامس
المصادر العرفية

١٣٣- قد لا ينص الدستور على اختصاص للسلطة التشريعية في موضوع معين، ولكنها تتخذ من خلال تشريعاتها، موقفا يدل على إثباتها هذا الاختصاص لنفسها، فإذا أقرتها السلطتان التنفيذية والقضائية على مسلكها، وكان العمل قد دل على اطراد ممارستها لهذا الاختصاص -كسلطتها في إجراء تحقيق برلماني في المسائل التي تريد تحريها وقوفا على حقيقتها إذا لم يكن الدستور قد خولها هذا الاختصاص بنص فيه- فإن إنكاره عليها لا يعد تفسيرا صحيحا للدستور.

ولا كذلك أن يكون موقفها من اختصاص معين، نافيا أصلا ادعاءه لنفسها، أو كان دالا على تعثرها في مجال توكيده؛ ولو تقرر بقانون ظل نافذا مدة طويلة. إذ الأصل ألا شأن لتشريعاتها في ذاتها -وأيا كان مضمونها- بما ينبغي أن يكون عليه تفسير الدستور.

المبحث السادس
دروس التاريخ ومعطيات القانون العام

١٣٤- القانون العام The common law قانون غير مدون أصلاً، يبلور مجموعة من القواعد القانونية التى اطرد تطبيقها. وهو أسبق وجوداً من الدساتير ذاتها، خاصة فى الدول الوليدة التى تكون شعبها من مهاجرين، نزحوا من دولهم الأصلية، حاملين معهم تراثها وقيمها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحرية التى صار الإيمان بها وبمتطلباتها، عقيدة لا يتزحزحون عنها، ويقيسون عليها تصرفاتهم جميعها.

وكان منطقيا أن تكرس دساتير هذه الدول، القيم التى اعتنقها القانون العام فى دولهم الأصلية، وأن يحرص آباء الدستور -الذين نقلوا هذه القيم عن ذلك القانون- على إدراجها فى صلبه، بعد أن بهرتهم برقيها وتساميها وتلاقيها مع القيم التى تبنتها الدول المتحضرة.

ومن ذلك شرط الوسائل القانونية السليمة فى جوانبها الإجرائية، التى كثيرا ما يحال فى فهم مضمونه إلى تطبيقاته فى دول القانون العام(١). مما جعل تطابق الوسائل الإجرائية المتخذة ضد شخص معين، مع نظيراتها فى دول القانون العام، شرطا لسلامتها(٢).

فالقبض على الشخص أو احتجازه، لا يكون مشروعا، إلا إذا كان معقولا على ضوء مفاهيم الحرية التى كرسها القانون العام بوصفها غاية نهائية، وتعبيرا حقيقيا عن ضوابط ينبغى أن يؤكدها الدستور فى مجال ضمانه للحرية الشخصية التى تعامل بوصفها من الحقوق الطبيعية التى لا نزاع فيها.

ولا يجوز بالتالى النظر إلى شروط القبض والاحتجاز التى ينص عليها الدستور، باعتبارها بدعة أتى بها. ولكن الدستور بسطها توكيدا لقيم عليا درج عليها القانون العام، متوخيا بها إبطال كل

---

(1) United States v. Wong Kim Ark 169, U.S. 649 (1898).

(٢) وفى ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية:

McGrain v. Daugherty, 273. U.S 135 (1927)

بأن النص فى الدستور على عدم جواز القبض غير المبرر ليس مبدءا جديدا، وإنما هو توكيد وحفاظ على قاعدة من قواعد القانون العام تصل إلى مرتبة التقديس

Affirming and preserving a cherished rule of common law designed to prevent the issue of groundless warrants.

إذن بالقبض أو الاحتجاز، لا يكون مبرراً([1])، خاصة كلما كان تطبيق هذا القانون في إحدى الدول قبل حصولها على استقلالها، أمرا واقعا في حياتها اليومية؛ وكان واضحا أن مفاهيم هذا القانون قد أدركها رجال صاغوا دستورها؛ فلا يكون هذا القانون إلا ماثلا في أذهانهم غائرا في وجدانهم، معبرا عن أعرافهم التي درجوا على اتباعها والنزول عليها.

وكان منطقيا بالتالي أن تفسر سلطة رئيس الجمهورية في مجال إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام، أو العفو عن العقوبة بوجه عام، على ضوء دلالتها عند إقرار الدستور، مع تحفظ هام مؤداه أن الوسائل القانونية السليمة، لا تتحدد مفاهيمها في كل الأحوال على ضوء القانون العام بما يحول دون تطوير معانيها، وعلى الأخص كلما كان تعمق مفاهيم هذا القانون في موضوع معين، يدل على بدائيتها؛ وكان الدستور قد نقضها من خلال حقوق أفضل كفلها بقصد استبعاد القانون العام في مجال تطبيقها([2]).

وهو ما يقع على التحديد، كلما كان هذا القانون مبلوراً ما كان قائما في قرون ماضية من القيم المهجورة التي تقتضي تقرير قاعدة قانونية على خلافها، وتكون في مضمونها أكثر تواؤما مع القيم الأكثر إنسانية في جماعة ناضجة.

وتحيل جهة الرقابة على الدستورية أحيانا إلى الحقائق التاريخية -سواء في ذلك ما كان قائما منها قبل صدور الدستور أو بعد إقراره- بوصفها مدخلا لفهم أفضل لنصوصه، خاصة إذا كان اطراد تطبيقها، قد دل على أنها جزء من التقاليد الراسخة في بلدها.

ومن ذلك سلطة حاكم الولاية في العفو عن العقوبة في نطاقها الإقليمي، وسلطة الولاية في أن تدير شئون الملاحة في موانئها([3]).

([1]) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927).

([2]) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أنها لو أخذت بمفاهيم القانون العام التي كان معمولا بها في إنجلترا في النصف الأول من القرن السابع عشر، لفرضت هذه المفاهيم نفسها على القضاء الأمريكي كأحزمة لا فكاك منها إلا بتعديل الدستور الأمريكي.

Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

([3]) Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950); Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia. 53 (U. S. 299 (1851).

المبحث السابع

القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها

The Shared Ethical Values of the Culture.

١٣٥- كذلك فإن قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، كثيرا ما يُدْخِلون فى نصوص الدستور التى يقومون على تطبيقها -بوعى منهم أو بغير وعى- معانى يستمدونها من القيم التى يشاركهم فيها أبناء وطنهم، والتى بلورتها ثقافتهم.

ذلك إن النظم القانونية جميعها إنما تعمل وفق أوضاع تتفاعل معها، ووفق نماذج للقيم Value Patterns تستقيها من نظامها الاجتماعى.

وتأخذ النظم القانونية بالتالى فيض عطاء مجتمعاتها كحقائق مسلم بها، وتولى اعتبارها كذلك للقيم التى أفرزتها ثقافاتها. ويندرج تحتها ما يكون ضروريا من هذه القيم لتحديد مفهوم العقوبة الموغلة فى فحشها أو انحطاطها حتى لا نظل أرقاء لأفكار حملتها معها قيم الماضى البعيد التى تناقض رقى الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التى بلورتها ثقافتها، والتى ترتد مفاهيمها إلى القيم المعاصرة -الخلقية والنفسية والتفضيلية- هى التى ينبغى أن تعول عليها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل فى كثير من المسائل الدستورية؛ كاعتبار المطبوع ماجنا أو غير داعر(١) وكتحديد القواعد التى يعامل على ضوئها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم..

وكذلك تقرير حق كل جهة قضائية فى أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التى تراها منصفة عند الفصل فى الخصومة القضائية المطروحة عليها، ما لم يكن إعمالها لهذه القواعد مناقضا مبادئ للعدل لها من استقرارها فى ضمير الجماعة، ورسوخها فى تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية(٢) المعتبرة قاعدة فى كل تنظيم من طبيعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالى أن تتخذ السلطة موقفا مصادما للضمير الجمعى، كتعريبها أفرادا احتجزتهم للحصول على اعترافهم بالجريمة؛ ولا أن تناهض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإنكار حق الفقراء فى الحصول على مشورة محام فى القضايا الجنائية؛ ولا أن تنقض سياسية قومية لها جذورها من

---

(1) Roth v. United States. 354. U.S. 476. (1957).
(2) Synder v. Massachusettes. 291 U.S. 97 (1943).

القيم السائدة فى الجماعة، كنهيها عن صور التمييز العنصرية فى توجهاتها، ورفضها نماذج الدعارة على تباين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن التدليل عليها إثباتاً لوجودها، حق للدفاع فى كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم، التى كان أثرها بعيداً على القضاة حتى فى الأزمان البعيدة(١).

والرجوع إلى قيم الحق والعدل التى لا تتحول، والممتدة آفاقها إلى غير حد Sember ubique والمعتبرة من التقاليد الغائرة فى أعماق الضمائر إلى حد معاملتها كقيم جوهرية لا يجوز النزول عنها، من العوامل المؤثرة فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وإذا كان الأصل فى تطبيق القضاة للقانون أن يكون موضوعياً، وألا ينزلق أحدهم فى مجال إنفاذه إلى آمال يقدر ضرورة تحقيقها، أو إلى وجهة نظر فلسفية يعتنقها؛ إلا أن ما يراه المواطنون صواباً، ينبغى أن يشكل إطاراً لتلك القيم التى لا يجوز تجاهلها عند الفصل فى المسائل الدستورية.

وكثيرا ما يعبر القضاة عن القيم المشار إليها، بأنها تلك التى تقتضيها الجماعة التى تدل بتحشمها Decency وآدابها، واللائق من مظاهر سلوكها، على مدنيتها وتحضرها.

وقد كان من شأن الأهمية التى بلغتها القيم التى تتوافق عليها الجماعة، أن مزجها القضاة بالدستور، بعد أن عاملوها بوصفها تعبيراً مختصراً Compendious Expression عن تلك المفاهيم المتطورة التى لها من مرونتها واتساعها وعمومها، ما يحول دون تقنينها، ومن اختلاجها بأعمق مشاعر الجماعة ومتطلباتها، ما يعارض وصفها بالقيم الشخصية. إذ هى قواعد كلية تنتظم مجموع الحقوق الجوهرية لمواطنيها، والتى لا بديل عن ضمانها بما يكفل حيويتها، واتساقها مع زمنها.

١٣٦- وإذا قيل بأن قيم الجماعة سرعان ما تتغير، وأن القضاة فى زمن ما، وعلى الأخص إذا بلغوا من الكبر عتيا، قد يتخذون من هذه القيم موقفا رجعياً يناقض مستوياتها المعاصرة؛ إلا أن القضاة فى كل عصر، لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم السائدة فى مجتمعهم، وإلا

---

(١) فى عام ١٨١٩ قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الواجب اتباعها، يؤمن الفرد ضد تحكم السلطة

Bank of California v. Okely (1819, U.S) 4 Wheat 235.

كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطى لنصوص الدستور معانى تدل بوضوح على تبنيها للقيم الخلقية الغالبة فى الجماعة، تقديراً بأن واجبها فى مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفعيل هذه القيم التى لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقاً عليها ألا تتجاوزه(١).

Judge - made law reflects usually the dominant beliefs of the community as to what ought to be.

(1) Swisher, "The growth of constitutional power in the United States" (Chicago, 1946) p. 217.

المبحث الثامن
الخبرة العريضة للقضاة وفلسفاتهم

١٣٧- قد لا يلتزم القضاة دوما بقيم الجماعة، ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم، ولكنهم يحورونها أو يبدلونها على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها فى نطاق الخصومة القضائية التى تطرح عليهم.

وقد يكون لنفر من بينهم فلسفة متميزة اكتسبها خلال فترة توليه الوظيفة القضائية، وكان لهـــها أثرها فى آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها.

وربما كان أكثر القضاة خبرة، أبلغهم فى التعبير عن القيم التى يتصورها نهجا أفضل للحياة.

كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها فى قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا يتصور مع تخلفها، أن يكون أداء هذه الجهة فاعلا، ولا أن يكون للقاضى مكانة أيا كـــان قدرها، إذا كان يعمل بغير اقتناع، أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكـــون فيـــه مخادعـــا، متجـــاهلا خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها.

ويظل وهما ما يقال من أن القضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التى تشـــكل خلفيـــة تتحدد على ضوئها قراراتهم فى المسائل الدستورية التى يبحثونها.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، قلما يحيدون عن الدفاع عنها. بل يصبونها فى الآراء التى يبدونها. ولا تزيد قراراتهم عن أن تكون أصداء لفلسفة طبعتهم بمذهبـــها وصاغتـــهم على نمطها، وهم يساندونها بمبادئ قانونية يبتدعونها، أو يستمدونها من أقوال لفقهاء، أو حتى مـــن السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للحلول القضائية، إلا استلهاما لمفاهيم سابقة عندهم، ثـــم التماس دعائم تكفى لحملها، ولو من مصادر خارجية(١).

---

(1) Jérome Frank, "Law and the Modern Mind" [N Y 1930] p.104.

فالمحامون الذين يرفعون دعوى فى شأن حقوق الملكية الخاصة، يكونون أكثر ثقة فى مصير دعواهـــم إذا كـــان القاضى الذى يفصل فيها متعصباً لهذه الحقوق.

والمحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون سلفا دعمهم للحقوق التي يطلبونها ويناضلون لاقتضائها(١).

ذلك أن القضاة يختلفون فيما بينهم في مجال القيم التي ينتصفون لها، فقد يعدل قاض عن بعض القيم الشخصية التي كان حريصا علي تطبيقها، مغلبا عليها المفهوم الاجتماعي للقيم.

وقد يؤمن أحد القضاة بأن لحرية العقيدة مكانة تسمو بها على سواها. ومنهم من يكون معنيا بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التي يقدمها على كل اعتبار آخر.

وقد يكون انحياز القاضي إلى رفض أشكال التمييز العنصرية في طبيعتها، ناجما عن تجربته الشخصية.

وقد يرتبط قاض بقوة بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة، أو يكون مدافعا عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصما لكل القيود التي تفرضها السلطة على حرية التنقل، أو مناهضا أخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعي يجردها عملا من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التسامح فيها.

ويظل ثابتا أن القضاة في كل عصر، لا يدونون في أحكامهم غير القيم التي يتصورونها أكثر صوابا -ما كان منها شخصيا أو اجتماعيا- وهم يصوغون لهذه القيم معانيها التي يرونها أكثر تعبيراً عنها، وأوفى حماية لها.

ذلك إنهم لا يتوخون مجرد الدفاع عن قيم يعضدونها، ولا التعبير عن فهمهم لضرورتها بكل عبارة يختارونها، ولكنهم يحرصون على تثبيتها إلى حد القتال من أجل إرسائها، ويقدرون أن أولويتها على ما عداها، شرطها أن تتوافر لها من ضماناتها أقواها، ومن وسائل تنفيذها أكثرها صرامة.

بل إن مجموعة القيم التي ينحاز القضاة لها، تتدرج مراتبها في أذهانهم، فمنهم من يقدم القيم الجمالية على غيرها.

---

(1) Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rine -hart, N Y, 1942) p.233.

وعند غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التى تصل إلى حد تقديسها، فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها.

ومنهم من يؤمن بضراوة بضرورة الفصل بين الدولة والدين إلى حد اعتبار كل معونة تقدّمها الدولة إلى المعابد الدينية تدخلا فى حرية العقيدة مخالفا للدستور.

وقد تكون حرية المشروع الخاص عقيدة مذهبية يؤمن قاض بها إلى حد إطلاق هذه الحرية من كل القيود التى تحد من حركتها.

والنظرة المتعمقة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تدل على أن قضاتها يرتبطون بوجه أو بآخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها عملا أكثر صوابا من غيرها.

ويظل أمرا غير مفهوم، عزل هذه الجهة عن قضاتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام فى مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنا عن نصوص قاطعة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها السوابق القضائية التى دل ثباتها على استقرارها.

المبحث التاسع
حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم

١٣٨- قد تتخذ السلطة التشريعية بعض التدابير في شأن صناعة أو مهنة أو حرفة. فإذا ثار نزاع من خلال الخصومة القضائية حول وطأة هذه التدابير وثقل أعبائها وخروجها بالتالي على الحدود المنطقية اللازمة لضبطها، فإن على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تصدر حكمها في هذه الخصومة على ضوء ما هو متاح أمامها من الحقائق الاقتصادية التي تحيط بوقائعها، وأن تحصل على معلوماتها في شأن هذه الحقائق من مصادر موثوق بها، إذا لم يكن وقوفها عليها واقعا في إطار علمها العام(١).

وعادة تحصل جهة الرقابة على الدستورية على معلوماتها اللازمة للفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها -ما كان منها اقتصاديا أو اجتماعيا أو أنثروبولوجيا(٢)- من خبراء يدلون بشهادتهم أمامها؛ أو من خلال تبادل الخصوم لمذكراتهم التي يبرهنون فيها على وجود واقعة بعينها لها أثر على الخصومة.

وكلما كان وجود واقعة بعينها، أو مجموع من الوقائع المتضافرة، شرطا لدستورية القانون، وكان الخصوم قد برهنوا على أن هذه الواقعة أو الوقائع لم يعد لها من وجود، تعين على جهة الرقابة على الدستورية، الحكم بعدم دستورية هذا القانون.

كذلك فإن تطبيقها لشرط الحماية القانونية المتكافئة، قد يعتمد على دارساتها الاجتماعية والأنثروبولوجية للفصل في دستورية التمييز بين أجناس بالنظر إلى لونها. كالتميز بين الطلبة في مدارسهم لاعتبار يتعلق بلونهم، وأثر هذا التمييز على صحتهم النفسية والعقلية، ودرجة انتمائهم لوطنهم وإمكان تعايشهم مع الآخرين، والتفاعل معهم من منطلق تساويهم معهم في القدر والاعتبار، ونحو ذلك مما يقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية، أو يُطْرَح عليها، أو تستظهره هي من دراستها، أو من التقارير التي أعدتها بعض اللجان التشريعية، أو من أية شهادة يدلي بها الأفراد أو الخبراء أمام

---

(1) Borden's Farm Products Co- v. Baldwin (1934) 293 U.S. 149.

(٢) يقصد بالأنثروبولوجيا علم الإنسان الوصفي من جهة أجناسهم وكيفية توزيعهم وعاداتهم وتقاليدهم وسماتهم البدنية والعقلية.

لجان الاستماع؛ أو لجان تقصى الحقائق، مما يجعل جهة الرقابة على وعى كامل بكل معلومة تراهــا مفيدة فى عملها.

يؤيد ذلك أن القوانين التى تفصل فى دستوريتها، قد تكون مادتها مسائل علمية خالصة، مــن بينها ما يكون ضروريا من التدابير لحماية العمال فى صناعة التعدين؛ أو لحماية الأجناس من الأعباء التى تلقى على بعضها بقصد تقييد تعاملاتها التجارية؛ أو لتعطيل حقها فى ارتياد بعض الفنــادق أو دور اللهو. وكذلك ما ينجم عن حرمان مجموع من الأفراد من مكان يأويهم من آثار مدمرة تتفاقم بها أوضاعهم الاجتماعية؛ أو يضاعفها تكدسهم فى رقعة ضيقة مع حرمانهم من الحد الأدنى لمتطلباتــها الصحية.

وقد يكون من شأن الرهون العقارية والقيود الباهظة التى تحيطها، الإضرار بالمدين الراهــن، بما يؤثر على نمو الاقتصاد وتطويره، وبوجه خاص كلما كان من أثر هذه الرهون على المشــروع، تدميره أو إعجازه عن مواصلة نشاطه.

وتظل جهة الرقابة القضائية على الدستورية دوما، وكلما كان فصلها فى دستورية النصــوص القانونية المطعون عليها، يقتضيها الخوض فى الحقائق العلمية المتصلة بها، أن تتحراهــا وصــولا لأعماقها، وبصرا بجوانبها، وأن يكون إدراكها لها عريضاً متكاملاً.

فالآثار الاقتصادية المترتبة على الانكماش؛ وآثار تعريض البيئة لمخاطر جسيمة ناجمة عــن مصادر مختلفة تلوثها؛ وآثار التمييز بين الطلبة فى شروط الالتحاق بالمعاهد التعليمية بــالنظر إلــى ثراوتهم؛ والآثار الصحية الناجمة عن قصور الخدمة الطبية سواء فى أشخاص القائمين عليها أو فــى تسهيلاتها؛ جميعها ينبغى بحثها على ضوء الحقائق العلمية المتصلة بها، والتى لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخفيها عن هؤلاء الذين يعنيهم أمرها فى الخصومة القضائية التى تفصل فيها.

بل عليها أن تنبههم إلى ما توافر لديها من مادة علمية، وأن تدعوهم إلى مناقشتها، وإبداء رأيهم فى شأنها، سواء لتوكيدها أو لنفيها.

فإذا أقام هؤلاء الدليل على أن المادة العلمية التى يراد الاحتجاج بها فى الخصومة القضائيــة، تفتقر إلى ما يعزز صحتها، وأنها لا تدخل فى إطار المسائل التى يمكن أن تدركها جهة الرقابة علــى الدستورية فى نطاق علمها العام Matters of common knowledge، فإن تعويل الحكم عليــها يكــون خطأ فادحا.

المبحث العاشر
الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها

١٣٩- لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى المسائل التى تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها فى شأنها، بل توازن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها، آخذه فى اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغى توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص فى الدول الفيدرالية التى ينبغى أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خاص من شئونها، إلا عملا منهيا عنه دستوريا.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيرا، وتحكم قليلا فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، يدفعها إلى دحض هذه التهمة -لا عن طريق إصدارها أحكاما تنفيها، ولا بالتخلى عن تطويرها للدستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها- وإنما من خلال السوابق القضائية التى تحيل إليها، لتتخذ منها قناعا تتخفى وراءه، وكأن الجديد من أحكامها ليس إلا القديم منها، تردد بها أصداء ماضٍ صار منقضيا.

وأحيانا تفصح جهة الرقابة القضائية على الدستورية -وبطريق غير مباشر- عن إدراكها النتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدها لكل الآثار الخطيرة التى تقارن قضاء على خلافها. فإبطالها تشريعا يقيد حرية التجارة، قد يقترن ببيان المخاطر التى تنجم عن تعويق تدفقها من خلال الحواجز الجمركية.

كذلك فإن القيود التى تفرضها الولاية داخل الدول الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها، قد تحول دون تدفقها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأخرى إلى أسواقها، بما يضر فى النهاية بالاقتصاد القومى بوجه عام، خاصة وأن المكوس العالية التى تفرضها ولاية على وسائط النقل التى تدخل إقليمها، قد تؤدى إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغيير هذه الوسائط لاتجاهها، فلا تدخل هذه الولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى فى الدول البسيطة، فإن فرض الدولة لضريبة فى نطاقها الإقليمى، قد يكون مجاوزا المقدرة التكليفية للخاضعين لها؛ أو منتهيا إلى تخليهم عن نشاطهم المشروع؛ أو جاعلاً مُضيهم فيه

رهقا؛ أو مستثيرا ردود فعل غاضبة تخل بالأمن القومى؛ أو منهيا تعاون الدول اقتصاديا فيما بينــها، ومؤديا إلى تبادلها صورا من الردع تتخذ شكلا اقتصاديا.

ولئن حرص قضاة جهة الرقابة القضائية على الدستورية، على إيضاح الآثار السلبية التى تنجم عن إبطال النصوص القانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحيانا قد لا يمحصون بالدقــة الكافيــة هــذه الآثار، ولا يتأملون بعمق جوانبها. وقد يهملونها بعد وقوفهم عليها، وإن كان واجبهم المبدئـــى هــو تحريها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو الدفاع -إذا لم تكن على يقين من نــوع وحدة المخاطر التى قد تقارن حكمها المحتمل فى الموضوع المعروض عليها- كى يحيطها، ولو مـن خلال خبراء يستقدمهم، بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التى يتوقعونها كأثر لإبطال النصــوص القانونية المطعون عليها، والتى يكون التكهن بها من زاوية علمية Scientific Prognosis دالا علـــى رجحان حدوثها.

المبحث الحادى عشر
نصوص الدستور في لغتها وترتيبها

١٤٠- من القواعد المبدئية فى تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا النظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها؛ ولا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التى لا يشوبها غموض، والتى لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور، على ضوء معناها الطبيعى، وبمراعاة أن الكلمة الواحدة التى تتعدد مواضعها فى الدستور، ينبغى فهمها على أنها هى ذاتها فى كل مواقعها، وأن معناها بالتالى واحد فى كل استعمالاتها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالى تجريدها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا تترابط فيما بينها، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جانبا منها عقيم فى معناه، أو أن أهدافها يناقض بعضها البعض. بل يتعين النظر فى نصوص الدستور بما يوفق بينها؛ وإلى فروع المسائل التى ينظمها باعتبارها نتاج أصولها لضمان تفسيرها بصورة أدق؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور فى لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم فى مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تشى بحقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تستخلص جهة الرقابة من الدستور، حقوقا لا نص عليها فيه.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينها، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التى تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالى، تقييم المحكمة الدستورية العليا فى مصر لأهمية مساواة المواطنين أمام القانون -لا على ضوء الآثار السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور- وإنما بالنظر إلى أن تساويهم فى المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول"

مبدأ نص عليه الدستور فى بابه الخاص بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وجــاء بالتــالى فــى "موقــع الصدارة" منها(١).

وليس ذلك إلا ترتيبا لحقوق المواطنين وحرياتهم على أساس مواقعها فى الدســتور. حــال أن حقوقهم وحرياتهم هذه، لا تتدرج فيما بينها، ولا تنفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل فى إطار منظومة تجمعها وتتكافأ مفرداتها فيما بينها. فلا يكون كل حق أو حرية، إلا أصلا أو مدخلاً لغيره أو نتيجــة مترتبة على وجوده.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" –جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠– قاعدة رقــم ٣٣ –ص ٢٨٠ –٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

الفصل التاسع
بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشتتها

المبحث الأول
الخلفية التاريخية للدساتير المصرية

١٤١- يعتبر دستور ١٩٧١، أول دستور فى مصر يقرر نظاما للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ذلك أن الدساتير السابقة عليه، وبالرغم من اعترافها لكل مواطن بالحقوق والحريات التى أوردتها فى صلبها -لم تقم نظاما قضائيا دستوريا- لضمانها بصورة فعلية.

وقد كان دستور ١٩ أبريل ١٩٢٣ أول دستور تحصل عليه مصر بعد إعلان استقلالها، صاغته لجنة من ثلاثين عضوا، ضمنته نظاما برلمانيا حراً وتمثيليا، يكفل لكل مواطن كثيرا من حقوقه وحرياته التى عددها هذا الدستور، من بينها حرية التعبير وحق الاجتماع وحرية العقيدة(١).

إلا أن فؤاد الأول -وقد كان سلطانا ثم ملكا على مصر- ألغاه عام ١٩٣٠ بالنظر إلى معارضته الأغلبية الوفدية البرلمانية، وأحل محله دستورا يدعم من سلطاته ويقويها(٢).

ثم ألغى دستور ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكى رقم ١١٨ الصادر فى ١٩٣٥/١٢/١٢. وعاد العمل بدستور ١٩٢٣، إلى أن قرر مجلس قيادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ سقوطه وذلك بمقتضى الإعلان الصادر عام ١٩٥٢عن القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش(٣)، ثم إلغاء الملكية فى ١٩٥٣، على أن يعمل بصفة مؤقتة بالإعلان الدستورى الصادر عن رئيس مجلس قيادة الثورة فى ١٩٥٣/٢/١٠، وذلك إلى حين الموافقة على الدستور النهائى.

---

(١) صدر هذا الدستور فى ١٩ أبريل ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكى رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية. وقد نشر فى الوقائع المصرية بالعدد ٤٢ [غير اعتيادى] فى ١٩٢٣/٤/٢٠.

(٢) الغى دستور ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظام دستورى للدولة المصرية الصادر فى ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠. وقد نشر هذا الأمر فى عدد الوقائع المصرية رقم ٩٨ [غير اعتيادى] بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٣٠.

(٣) نشر هذا الإعلان الدستورى فى العدد رقم ١٥٨ مكرر [غير اعتيادى] من الوقائع المصرية بتاريخ ١٩٥٢/١٢/١٠.

وقد نص هذا الإعلان على عدد من الحقوق الأساسية لكل مواطن من بينها حرية التعبير وضمان الحرية الشخصية وحرية العقيدة واستقلال السلطة القضائية(١).

ثم عُهد إلى لجنة من خمسين عضوا بإعداد الدستور النهائى، وكان من بين النصوص التى أقرتها وضمنتها مشروعها، إحداثها لرقابة قضائية على دستورية القوانين تقوم عليها محكمة عليا تتولى كذلك محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، وتباشر دور محكمة التنازع للفصل فى مسائل تنازع الإختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، وكذلك فيما يقع من تناقض فى أحكامها النهائية، فضلا عن مسألة بالغة الأهمية فى مصر، هى الفصل فى دستورية انتخاباتها البرلمانية.

ولكن الرئيس جمال عبد الناصر –الذى قبض بيده على السلطة آنئذ– لم يقبل مشروع هذه اللجنة، وأحل محلها لجنة أخرى عين هو أعضاءها، وعهد اليها بمهمة عمل دستور جديد. وكان دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ هو ذلك الدستور الذى ووفق عليه فى استفتاء عام، كافلا للمواطنين –ولأول مرة– حقوقا اقتصادية واجتماعية فضلا عن حقوقهم المدنية والسياسية، ومنهيا التعددية الحزبية، مقيما محلها حزبا حكوميا وحيداً(٢).

وظل هذا الدستور معمولا به حتى انعقاد الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨، فصدر للدولة الوليدة –وهى الجمهورية العربية المتحدة– دستور ينظمها فى ١٩٥٨/٣/٥، على أن يكون دستورا مؤقتا. وليس فى هذا الدستور –المكون من ٧٣ مادة– إلا أقل القليل من النصوص التى تكفل حقوق الفرد وحرياته(٣).

وبانفصال مصر عن سوريا، دعا الرئيس جمال عبد الناصر إلى مؤتمر وطنى للقوى الشعبية فى مصر.

وقد أقر هذا المؤتمر فى عام ١٩٦٢ ميثاقا وطنيا منشئا حزبا حكوميا وحيداً هو الاتحاد الاشتراكى العربى، وكافلا للعمال والفلاحين –ولأول مرة– عددا من مقاعد المجالس النيابية لا يقل عن نصفها.

---

(١) نشر هذا الإعلان بتاريخ ١٩٥٣/٢/١٠ فى عدد الوقائع المصرية رقم ١٢ مكرر ب [غير اعتيادى].

(٢) هو الاتحاد القومى. ويلاحظ أن دستور ١٩٥٦ نشر بالوقائع المصرية –العدد ٥ (مكرر) غير اعتيادى بتاريخ ١٦ يناير ١٩٥٦.

(٣) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية – العدد الأول بتاريخ ١٩٥٨/٣/١٣.

وتلا هذا الميثاق، إعلانا دستوريا صدر فى ٢٧سبتمبر ١٩٦٢ متضمنا تنظيما فى شكل دستور للسلطة العليا فى الدولة(١). وأعقبه دستور آخر صدر فى ١٩٦٤/٣/٢٤، وعمل به بوصفه دستورا مؤقتا، وإن ظل قائما حتى ١٩٧١(٢).

ويدل استقراء هذه الدساتير جميعها على أن حقوق المواطن وحرياته التى كفلتها بصورة متفاوتة فيما بينها، لم يدعمها تنظيم خاص يكفل ضمانها بصورة جدية ممثلا فى رقابة قضائية على دستورية القوانين، ينشئها هذا التنظيم الخاص ويضمنها.

ولكن القضاء كان يسلم بهذه الرقابة وبضرورتها قبل أن ينص عليها دستور ١٩٧١.

وكان مجلس الدولة فى مصر من أكبر دعائمها -لا بوصفها رقابة مركزية تنحصر فى جهة واحدة- وإنما كرقابة لا مركزية تقوم عليها المحاكم جميعها باعتبارها مندرجة بالضرورة فى إطار مهمتها الخاصة بتفسير النصوص القانونية جميعها على ضوء دلالتها، وبمراعاة ما بينها من تدرج يكفل السيادة للدستور فوق كل قاعدة قانونية لا نص عليها فيه.

---

(١) نشر هذا الإعلان فى العدد رقم ٢٢٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٧.

(٢) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية -العدد ٦٩ تابع (١) بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤.

المبحث الثاني
الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القبول بها وإنكارها

١٤٢- ولم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى مصر منذ ١٩٢٣ ميادين رحبة تجول فيها. ذلك أن بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها الدائم فى ١٩٧١. وكانت حججهم فى ذلك، هى ذاتها التى رددها فقهاء آخرون فى بعض الدول الأجنبية كفرنسا، حاصلها أن السيادة لا تنعقد لغير السلطة التشريعية التى تمثل الجماهير فى مجموعها، وأن القوانين التى تقرها، هى فى حقيقتها القانونية تعبير عن إرادتها، أو هى إرادة الأمة مجمعة Rassemblé ولا يتصور بالتالى أن تفرض على السلطة التشريعية التى لها ناصية السيادة وبيدها زمامها، رقابة من أى نوع، ولا أن يفترض الخطأ فى تشريعاتها التى أقرتها أغلبية حرة بكامل إرادتها(١).

ومن ثم كان القانون فى مفهوم هؤلاء الفقهاء، مجرد تعبير عن السيادة الوطنية التى لا تعلو عليها أية سلطة، ولو كانت هى السلطة القضائية التى ينبغى عليها أن تقنع بتطبيقها للقانون، دون نظر منها فى مضمون قواعده، وإلا كان ذلك عدوانا من جانبها على مبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ ترقى أهميته إلى حد التقديس، ويزيد من صرامته أن السلطة القضائية فى مصر -وبالنظر إلى أوضاعها الخاصة- تفتقر إلى الاستقلال الكامل عن السلطة التنفيذية، ولن يكون تدخلها فى عمل السلطة التشريعية إلا تحريفا للإرادة التى تمثلها.

هذا فضلا عن أن القوانين التى تنظم السلطة القضائية، تمنعها من تأويل الأوامر الإدارية أو وقفها. وينبغى عليها بالتالى -وبدلالة الأولى A fortiori- ألا يكون لها شأن بتأويل القوانين أو وقفها بقصد إرجاء أو تعطيل تنفيذها.

على أن فقهاء آخرين انتصفوا للشرعية الدستورية بوصفها أداة إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية -اللتين لا تباشران غير اختصاصاتهما المنصوص عليها فى الدستور وفى الحدود التى

---

(١) Jacques Rabert, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionel francais. Bilan et reformes". R. D. P. 1990, p.1255.

بينها– لرقابة قضائية ترعى تقيدهما بهذه الحدود، على أن تقوم عليها جهة قضائية تستقل عنهما، ولا تندمج فى إحداهما أو تلحق بها(١).

ولئن قيل نفيا لهذه الرقابة بأن القانون والدستور، يبلوران كلاهما الإرادة الشعبية، وأنهما مجرد تعبير عنها، إلا أن الدستور يظل من عمل هيئة أعلى يفترض تمثيلها لأمتها بصورة أكثر عمقا وشمولا وتوثيقاً، وضمانها لكل حق أو حرية أدرجتها فى الدستور واحدا بعد الآخر.

فلا يكون الدستور إلا قاعدة لحقوق المواطنين وحرياتهم يتقيد المشرع بها فى مجال تنظيمه للحق أو الحرية التى نص الدستور عليها.

هذا فضلا عن أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تدينان فى وجودهما إلى الدستور. لأنهما من خلقه.

ولا يتصور أن تعارض السلطة التى أنبتها الدستور، إرادة الهيئة الأعلى التى أنشأتها فإذا أهدر المشرع قيودا حد بها الدستور من سلطته التقديرية، كان ذلك إنكاراً لحقيقة أن القواعد القانونية جميعها لا تتحد مراتبها، وإنما يعلو بعضها البعض بالنظر إلى تدرجها فيما بينها، وتصاعدها طبقة فوق طبقة، إلى نهاية بنيانها وذراه، ممثلا فى الدستور.

فضلاً عن أن الذين يتخوفون من الرقابة على الشرعية الدستورية، يتجاهلون أن الجهة التى تتولاها، لا تباشر غير وظيفة قضائية لها أوضاعها وضماناتها الخاصة، التى لا تحل بها محل السلطة السياسية، ولا تقيمها بديلاً عنها، حتى مع القول بأن المسائل الدستورية التى تفصل فيها تخالطها عناصر سياسية تتأثر بها الحلول القانونية لهذه المسائل.

كذلك لا تتدخل جهة الرقابة على الدستورية فى نطاق الولاية التى عهد الدستور بها إلى السلطة التشريعية. وليس لهذه السلطة كذلك أن تؤثر بضغوطها على قضاة جهة الرقابة الذين يتخذون قراراتهم فى شأن المسائل الدستورية التى تطرح عليهم وفق ضمائرهم، وبمراعاة ما بين القواعد القانونية من تدرج يقدم عليها نصوص الدستور التى تؤكد علو الهيئة التى تبنتها، وتكفل موازنة

---

(١) تنص المادة ٩٤ من القانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٢٣ مايو ١٩٤٩] على أن المحكمة الدستورية الفيدرالية لا يجوز أن تكون جزءا من السلطة التشريعية الفيدرالية Bundestag التى تمثل الشعب فى مجموعه، ولا جزءا من الحكومة أو أى من تنظيماتها.

الديموقراطية، بضرورة أن يكون استعمال السلطة منحصرا في حدودها الضيقة التي بين الدستور تخومها كضمان يحول دون انحرافها.

هذا فضلا عن أن محاكم مجلس الدولة تفرض رقابتها على الأوامر الإدارية جميعها -التنظيمية منها والفردية- وتلغيها بقدر تعارضها مع القانون، فلا يكون إبطال جهة الرقابة على الدستورية لكل قانون يناقض الدستور، مجافيا للمنطق، ولا منافيا للشرعية الدستورية. بل هو إعلاء للدستور على كل سلطة تريد الخروج عليه.

وهو ما دعا بعض المحاكم في مصر، وإلى ما قبل العمل بالدستور الدائم، إلى الامتناع عن تطبيق كل قاعدة قانونية تقدر مخالفتها للدستور، سواء لتعلق مثلبها بأوضاع شكلية ينبغي إفراغها فيها، أو بمضمون كان عليها أن توفقه مع نصوص الدستور في محتواها الموضوعي(١).

ولم ينحسم أمر الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المناقضة للدستور- إلا بعد أن أصدر مجلس الدولة في مصر حكما ذائعا في ١٠ فبراير ١٩٤٨، مقيما دعائم هذه الرقابة على صحيح أسسها والتي تتحصل أولا في أن الرقابة القضائية على دستورية قانون أو مرسوم بقانون، لا يمنعها في مصر قانون وضعي، سواء كان عوار النصوص المطعون عليها من طبيعة شكلية أو موضوعية.

وأن التذرع بقاعدة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية لإنكار الرقابة القضائية على الدستورية، يقوم على حجة داحضة. ذلك أن قاعدة الفصل هذه، هي التي تقيم للرقابة على الدستورية عمدها؛ لأنها تتوخى حصر نشاط كل سلطة في النطاق المخول لها طبقا للدستور، فلا تجاوز بأعمالها حدوده.

وما الدستور إلا قانون ينبغي على المحاكم جميعها أن تطبقه باعتباره متربعا قمة لهرم يضم القواعد القانونية جميعها، وإن كان يغايرها في سموه عليها باعتباره موئل حقوق الأفراد وحرياتهم، وقاعدة الحياة الدستورية في كل جوانبها.

---

(١) صدر أول حكم يؤيد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور من محكمة مصر الابتدائية في أول مايو ١٩٤١، إلا أن محكمة استئناف القاهرة ألغت حكمها في ٣٠ مايو ١٩٤٣ مستندة في ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وإلى أن التحقق من مطابقة القانون للدستور، هو ما تتولاه السلطة التشريعية بمناسبة إقرارها للقانون.

فإذا تعارض الدستور والقانون في مجال تطبيقهما في خصومة قضائية، فإن فض الجهة القضائية لهذه الخصومة، لا يكون إلا بتنحية القانون حتى لا يحكمها، ليكون الحكم للدستور دون غيره.

وتغليبها الدستور على القانون على النحو المتقدم، لا يفيد تعديها على السلطة التشريعية، ولا يدل على أنها تشرع بصورة مبتدأه بدلاً منها. ذلك إن وظيفتها القضائية تلزمها بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، لا إلغاء هذا القانون أو إرجاء تنفيذه، فلا يكون تدخلها إلا لفض نزاع قائم لديها تعارض فيه القانون مع الدستور باعتباره القانون الأعلى(١).

وقد كان من شأن قضاء مجلس الدولة المتقدم بيانه، تولى المحاكم جميعها -أيا كان موقعها أو طبيعة اختصاصها- سلطة مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال خصومة قضائية تنظرها، وعن طريق دفع فرعي يتعلق بمسائل دستورية لها أثر على النزاع المردد فيها. فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية المتصلة بالخصومة القضائية، إلا سابقا على الفصل في موضوعها. ومع ملاحظة أن تطبيق الدستور بدلاً من القانون عند وقوع تنازع بينهما، مرده أن إلغاء أية محكمة لقانون قائم، لا يكون إلا بنص صريح في الدستور.

فإذا خلا الدستور من نص يخولها هذا الاختصاص، فليس أمامها إلا الامتناع عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها، وإن كان حكمها فيه لا يقيدها هي نفسها في نزاع لاحق، ولا يلزم غيرها به، ولو في نزاع مماثل.

---

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٣٠ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة ص١٦٦.

المبحث الثالث

رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور

١٤٣- تمثل رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، تطورا محمودا في اتجاه دعم الرقابة غير المركزية على الدستورية، إلا أن كثرة عيوبها جردتها من أهميتها.

ذلك أن ما كان يعيبها بوجه خاص هو افتقارها إلى معايير موحدة تقاس على ضوئها دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ وتفرقها بين المحاكم جميعها؛ وتناقض أحكامها فيما بين بعضها البعض، وحتى داخل المحكمة الواحدة.

فضلا عن نسبية آثارها. ذلك أن الامتناع عن تطبيق القانون في خصومة بذاتها، لا يفيد تجريده من آثاره بصفة كاملة ونهائية، بل تظل آثاره جميعها قائمة ونافذة فيما عدا الدائرة المحدودة التي نحى هذا القانون عنها، وهي دائرة الخصومة القضائية التي أهدر فيها تطبيقه.

المبحث الرابع
إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية

١٤٤- وقد ظل امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المناقض للدستور معمولا به، إلى أن صدر القرار بقانون ٨١ فى ١٩٦٩/٨/٣١، منشئا محكمة عليا تختص دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين(١).

وقد اقترن إحداث هذه المحكمة -وقد تم تنفيذا لبيان ١٩٦٨/٣/٣٠- بصدور قرار آخر بقانون عزل عدداً لا يستهان به من القضاة عن طريق تنحيتهم من مواقعهم القضائية، سواء بنقلهم إلى جهة غير قضائية، أو بإنهاء خدمتهم بصفة نهائية؛ مما أحاط المحكمة العليا الوليدة بصورة قاتمة منذ إنشائها، جعلها تبدو كخطوة مقصودة -لا لتوكيد الشرعية الدستورية ودعم حقوق المواطنين وحرياتهم- وإنما كأداة فى يد السلطة التنفيذية توجهها لتحقيق أغراضها فى التحول الاجتماعى، وكذلك لامتصاص ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة.

وكان منطقيا بالتالى ألا يتقبل الوسط القضائى وجود المحكمة العليا بحسن نية، وأن ينظر إليها مستريبا. فلا يطمئن لأحكامها ولو كانت صحيحة فى ذاتها، خاصة بعد انتزاعها سلطة قاضى الموضوع فى الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور؛ وتخويلها دون غيرها سلطة إبطال القوانين المخالفة للدستور، لا مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وقد كان إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور مؤداه تجريدها من قوة نفاذها وإعدامها. وهى سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص فى الدستور. فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية، كان هذا القرار مخالفا للدستور.

ولمواجهة هذه الصعوبة حرص الدستور الدائم لعام ١٩٧١ على أن يضفى على ممارستها لذلك الاختصاص شرعية استثنائية، وذلك بما نص عليه الدستور فى المادة ١٩٢ من أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

---

(١) الجريدة الرسمية -العدد ٣٥ مكرر فى ١٩٦٩/٨/٣١ وقد أكمل هذا القرار بقانون، بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المتعلق بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذى نشر فى العدد ٢٥ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٠/٨/٢٧.

المبحث الخامس
انبساط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها

١٤٥- على أن قانون المحكمة العليا، وإن عهد إليها دون غيرها باختصاص الفصل في دستورية القوانين بمعنى الكلمة، وقصر ولايتها على هذا النطاق وحده في مجال مباشرتها للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ إلا أن حكمها الصادر في ٣ يوليو ١٩٧١ في القضية رقم ٤ سنة١ قضائية عليا "دستورية" بسط رقابتها هذه، على القواعد القانونية جميعها، بما في ذلك تلك التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

وهي تؤسس حكمها في ذلك على أن الرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه. ولا يتحقق هذا الغرض على الوجه الذي يعنيه قانون المحكمة العليا في مادته الرابعة، إلا ببسط رقابتها على التشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا. بل إن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في القوانين التي يتوافر لها من أوجه دراستها وبحثها ما لا يتوافر للوائح التي ينظم بعضها حريات المواطنين و أمورهم اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية.

ولو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها، لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم جميعها، تقضي في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستوريتها، بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها البعض(١).

---

(١) ص ١٦و١٧ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول طبعة ١٩٧٧.

أنظر كذلك فيما ثار من خلاف حول انسحاب اختصاص المحكمة العليا إلى اللوائح، ص١١١-١٢٨ من مؤلف الدكتور عادل شريف المستشار بالمحكمة الدستورية العليا في شأن القضاء الدستوري والرقابة على الدستورية [دار الشعب - طبعة ١٩٨٨].

المبحث السادس
معارضة المحكمة العليا وانتقادها

١٤٦- ولم تقبل جهة القضاء العادى بالولاية التى بسطتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح. فقد خلص الحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فى الطلب المقيد بجدولها برقم ٢١ سنة ٣٩ق [رجال قضاء]، إلى تقرير انعدام القرار بقانون رقم ٨٣ سنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية مقيمة حكمها فى ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، هى التى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضاء فى شأن من شئونهم الوظيفية؛ وأن نص المادة ٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١ الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها، لا يخولانها غير الفصل فى دستورية القوانين. ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية. وإذ كان عزل القضاة من وظائفهم، من المسائل التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون، لا بقرار بقانون؛ وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه، قد نص على أن يعتبر رجال القضاء الذين لا يعاد تعيينهم فى جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون؛ فإن هذا القرار بقانون يكون مشوبا بعيب جسيم يجعله عديم الأثر.

فضلا عن أن القرار بقانون المطعون عليه، صدر عن رئيس الجمهورية بما يجاوز حدود التفويض المخول له بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، فقد حصر هذا القانون المسائل التى فوّض رئيس الجمهورية فيها، فى تلك التى تتصل بالأوضاع الاستثنائية التى تتعلق بأمن الدولة وسلامتها، و تعبئة كل إمكاناتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى.

ومن ثم يقتصر موضوع هذا التفويض على المسائل التى حددها ذلك القانون، والتى قصد بتنظيمها مواجهة الأوضاع الاستثنائية الناجمة عن عدوان ٥ يونيو ١٩٧٦، والتى لا يندرج تحتها ما تضمنه القرار بقانون المطعون فيه من اعتبار القضاة الذين لا يعادون إلى وظائفهم، ولا ينقلون منها إلى وظيفة أخرى، محالين بحكم القانون إلى المعاش. ومن ثم يكون هذا القرار بقانون قد خرج عن حدود التفويض، وصار مجرداً بالتالى من قوة القانون(١).

---

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٧٢/١٢/٢١ من الدائرة المدنية والتجارية -الطلب المقيد فى جدول المحكمة برقم ٢١ سنة ٣٩ ق (رجال القضاء).

وإذا كان ما تقدم يعبر عن اتجاه محكمة النقض فى شأن اختصاصها -دون المحكمة العليا- بالفصل فى دستورية النصوص اللائحية التى لا ترقى مرتبتها إلى مرتبة القانون؛ فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزما، قولا منها بأن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيرا ملزما، مقصور على النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، ولا يتعداها إلى ذات نصوص الدستور. ولو أراد المشرع أن يخول المحكمة العليا، سلطة تفسير الدستور تفسيراً ملزما، لنص على ذلك صراحة.

وثمة فارق كبير بين أن تفسر المحكمة العليا الدستور فى محاولتها تفهم مراميه فى مجال فصلها فى دستورية قانون أو لائحة؛ وبين أن تفسر الدستور بصفة أصلية ومباشرة، تفسيراً ملزما، خاصة إذا قدم إليها طلب تفسير الدستور، بمناسبة قضية منظورة أمام قاضيها الطبيعى، وفى مرحلتها الحاسمة. فلا يكون هذا التفسير غير تدخل فى شئون العدالة، ومصادرة لحق التقاضى والدفاع اللذين كفلهما الدستور فى المادتين ٦٨و٦٩؛ وتقليص لدور القاضى الطبيعى إلى مجرد التطبيق الحرفى لتفسير ملزم أتاه من المحكمة العليا. فلا ينزل على الخصومة المطروحة عليه، حكم قانون يراه صحيحا، بل قاعدة ارتآها غيره موافقة لحلها.

فضلا عن أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين، مؤداه أن القانون بمعنى الكلمة هو محل رقابتها، وإن مراقبتها نصوص هذا القانون، لا تكون إلا على ضوء أحكام الدستور. ومن ثم تكون كلمة "القانون" الذى تفصل المحكمة العليا فى دستوريته، هى ذاتها كلمة "القانون" الذى تفسر نصوصه تفسيرا تشريعيا. وإذ كان الدستور لم يفوض المحكمة العليا فى تفسير نصوص الدستور تفسيرا ملزما تعبر به عن إرادة الجماهير، فإن انتحالها هذا الاختصاص لنفسها، يكون حابط الأثر(١).

---

(١) المحكمة الإدارية العليا -(الدائرة الأولى) حكمها الصادر فى ٩ أبريل ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٣ قضائية عليا فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى بجلسة ٢٩ من مارس١٩٧٧ فى الدعوى رقم٨٢٩ لسنه ٣١ القضائية المقامة من السيد كمال الدين حسين عبد الرحمن.

المبحث السابع
إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور

١٤٧- وقد كان دستور ١٩٧١ أفضل الدساتير المصرية على الإطلاق فيما تضمنه من قواعد في شأن الدولة القانونية، أهمها توكيد خضوعها للقانون، والنص صراحة على أن سيادة القانون أساس للحكم فيها، مع ضمان استقلال القضاء وحصانته لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

وهذه الملامح الرئيسية للدولة القانونية، هي التي كفلتها المادتان ٦٤ و٦٥ من الدستور، ومؤداهما خضوع الدولة لقواعد قانونية تسمو عليها، وتتقيد هي بها، فلا تخرج عليها في تصرفاتها، على أن يكون مضمون هذه القواعد -في حده الأدنى- موازيا للقواعد التي جرى العمل باطراد في الدول الديموقراطية على تطبيقها بوصفها أسلوبا لحياتها وضابطا لحركتها.

وفي إطار هذه المفاهيم -وعلى ضوئها- كان منطقيا، بل وضروريا، أن تقوم جهة قضائية على ضمان تطبيق الدستور كقيد على السلطة في كل مظاهرها وأشكالها؛ وأن يكون بيد هذه الجهة وحدها سلطة التفسير النهائي لأحكام الدستور في نطاق الخصومة القضائية.

وفي إطار هذا الاتجاه، أحدث الدستور جهة للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي المحكمة الدستورية العليا، وأحاط بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها؛ وضوابط تشكيلها؛ وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصانتهم، وعدم قابليتهم للعزل؛ وجواز مساءلتهم تأديبيا؛ وقواعد نشر أحكامها وقراراتها في الجريدة الرسمية.

وفوض الدستور المشرع في بيان الآثار المترتبة علي أحكامها الصادرة بإبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور.

المبحث الثامن
خصائص بنيان المحكمة الدستورية العليا

١٤٨- تلك هى الخطوط الرئيسية التى أقام الدستور فى إطارها بنيان جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

ويلاحظ بشأنها ما يلى:

أولاً: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كافلا من خلال استقلالها أن تدير وحدها كل شأن من شئونها، وأن تستقل فى تصريفها، دون تدخل من أية جهة أيا كان موقعها(١).

ثانياً: أتى الدستور بفصل خاص أفرده للمحكمة الدستورية العليا، دالا به على موقعها من المحاكم جميعها؛ وتفردها بدور متميز عنها؛ وأنها لا تعتبر جزءا من السلطة القضائية.

وقد توخى الدستور بفصلها عن السلطة القضائية، بالرغم من مباشرتها لوظيفة قضائية بمعنى الكلمة، تحقيق أمرين:

أولهما: أن تكون أحكامها فى الدعاوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعيا، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها ومحاكمها أيا كانت طبيعة المنازعة التى تفصل فيها. ومما يناهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءا منها، ذلك أن الجزئية تفيد اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية العليا هى التى تفصل دون غيرها، ووفقا لنصوص المواد ٢٥ [بند ثانيا] و٣١و٣٢ من قانونها -فيما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وقد اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تقوم بدور الحَكَم بين الجهتين القضائيتين المتنازعتين على الاختصاص، أو اللتين وقع التناقض بين أحكامهما النهائية.

---

(١) تنص المادة ١٧٤ من الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية مدينة القاهرة.

ولا يجوز مع كونها حكما، أن تكون طرفا فى خصومة التنازع أو التناقض؛ بل يجب أن تتوافر لها حيدتها واستقلالها عند الفصل فى هذه الخصومة، وألا تكون جزءا من هاتين الجهتين القضائيتين المتنازعتين كى تستقل عنهما بتشكيلها وضماناتها، بما يكفل تقيدهما معا بأحكامها فى شأن هذا التناقض أو التنازع(١).

كذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة، مؤداه إسباغ الولاية من جديد على الجهة التى عينتها كى تفصل فى الخصومة التى نحتها عن نظرها؛ غير مقيدة بحكمها السابق بعدم اختصاصها بالفصل فيها، ولو كان هذا الحكم قد صار نهائيا(٢). وفى ذلك تسليط لأحكام المحكمة الدستورية العليا على كل جهة قضائية غيرها.

ثالثاً: على أن المحكمة الدستورية العليا، وإن لم تكن جزءا من السلطة القضائية بمحاكمها المختلفة، إلا أنها تفصل فى خصومة من طبيعة قضائية، سواء فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها، أو فى خصومة التنازع أو التناقض، أو فى منازعة تنفيذ تتصل بها وفقا لنص المادة ٥٠ من قانونها.

رابعاً: أن المشرع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل فى خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك فى خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها. فضلا عن الفصل فى كل طلب يقدم إليها وفقا لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعيا؛ إلا ولايتها فى مجال الفصل فى المسائل الدستورية وفقا لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تبلور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التى تحيط بها. ومن ثم حرص نص المادة ١٧٥ من الدستور، على تقريره بصورة صريحة لا خفاء منها، حتى تظل المحكمة الدستورية العليا فى مأمن من عدوان السلطة التشريعية على ولايتها فى أكثر مجالاتها أهمية.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣ -ص٤٠٦ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها، وكذلك "دستورية عليا" القضية رقم ٨ سنة ١٣ قضائية "تنازع" جلسة ٢يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٥ -ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١٣ قضائية "تنازع" جلسة ١٩٩٣/٣/٢٠ -قاعدة رقم ٧/١٢ ص٥٦٥ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

خامساً: أن الدستور وإن اختص المحكمة الدستورية العليا وأفردها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين في القانون.

وقد أقر البرلمان -بعد ثماني سنين على صدور الدستور- قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً به كيفية اتصال الخصومة الدستورية بها، والقواعد الإجرائية الخاصة بتحضيرها والفصل فيها. ومضيفاً إلى اختصاصها بالفصل في دستورية النصوص القانونية، اختصاصين آخرين يتعلق أحدهما بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً؛ وثانيهما بالفصل في تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين، وكذلك فيما يقع من تناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن هاتين الجهتين.

المبحث التاسع
تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا

١٤٩- ويلاحظ أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وإن تعاقبتا على مباشرة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، إلا أن ثانيتهما كان دورها أكثر فاعلية، وجرأتها أكثر توثبا.

فلم يكن موقفها من هذه الرقابة متوانيا، أو قائما على الحلول التوفيقية، بل تدفقا عريضا يقيم للشرعية الدستورية بنيانها الحق فى إطار نظرية علمية لا تخطئها العين، أو تزوغ عنها الأبصار، بل تتكامل ملامحها بما يحول دون اختراقها.

ولم يكن صحيحا بالتالى ما تصوره البعض من أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان وليد رغبة عميقة تتوخى ضمان حقوق الفرد وحرياته.

وربما كان نقيض ذلك صحيحا بعد أن توقع كثيرون أن تتعثر خطاها، وأن ترضخ فى النهاية لضغوط عليها متفاوتة فى درجتها، شأنها فى ذلك شأن قضاة المحكمة العليا الذين كانوا يعينون لفترة زمنية موقوتة. ولن تكون المحكمة الدستورية العليا بالتالى غير مجرد واجهة ديموقراطية زائفة ليس لها من القوة أسبابها، خاصة وإن الفترة الناصرية التى عايشتها المحكمة العليا لا تزال لها ظلالها، ولم تندثر بعد توجهاتها، ولا القيم التى اتخذتها عقيدة لها بما يؤذن ببقاء المحكمة الدستورية العليا أسيرة لها، ولو بغير وعى منها؛ وبما يجعلها فى النهاية مجرد ظلال سوداء تطبعها بقتامتها.

غير أن الذين تصوروا مصيرا شائنا للمحكمة الدستورية العليا، فاتهم أن المحاكم الدستورية فى بلدان عديدة، حتى تلك التى تم ميلادها من أرحام النظم الشمولية أو ديكتاتورية القوة، كان إيمانها عميقا بضرورة أن تتحرر فى ممارستها لوظيفتها القضائية، من أغلال السلطة التى خلقتها أو أسستها. فلا تكون صوتا لها، ولا تختلط بأنفاسها، بل تستقل عنها بما ينفى تشبيهها بالأجرام السماوية التى لا تغير من مدارها.

وإنما يكون لكل محكمة دستورية -ولو بصورة بطيئة ومتدرجة- نقطة انطلاق جوهرية تتمثل فى بيئتها وضرورة تطويرها؛ وفى وجوب إخضاع المهام التى تقوم عليها لنظرة واقعية يبلورها قضاتها الذين لا يكرسون مفاهيم بالية لنصوص قانونية معيبة تقيم للنظم الشمولية معابدها، ولصور

الطغيان أسبابها. وإنما هى آمال المواطنين وطموحاتهم يتخذونها مداخل لرقابتهم على دستورية النصوص القانونية لضمان حقوقهم وحرياتهم التى كفلها الدستور.

وينبغى ألا يغيبن عن البال أن المحكمة العليا كانت تعمل فى أجواء خانقة، وكانت ولاية قضاتها محدود زمنها. ولكن ذلك لم يثنها عن أن تصدر أحكاماً رائدة فى مجال الرقابة على دستورية القوانين، خاصة وأن أحكامها هذه كانت فى السنين الأولى لمباشرة هذه الرقابة بصورة عملية. ولقضاتها كل التقدير لكل جهد بذلوه، والتوفير لعلمهم وخبراتهم.

المبحث العاشر
موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوربى والأمريكى للرقابة على دستورية القوانين

١٥٠- على امتداد قرون عديدة، لم تكن حقوق الإنسان وحرياته غير أفكار صاغتها وثائق إعلان الحقوق، إلا أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، نقلتها إلى تطبيقاتها العملية بما يوفقها والأوضاع المتغيرة فى الجماعة يوما بعد يوم، فلا تكون حركتها فى إطارها، إلا تعبيراً عن إيمان المواطنين بضرورتها، ويقظتهم فى مجال الدفاع عنها.

وفى مجال مركزية الرقابة القضائية على الدستورية أو توزيعها، يقع التمييز بين النظامين الأمريكى والأوربى.

فعلى ضوء النموذج الأمريكى، لا تكون الرقابة على الدستورية منحصرة فى محكمة واحدة، ولكنها تتوزع بين المحاكم جميعها، كى تفصل كلا منها فى مسائلها، التى تراجعها فيها المحكمة العليا الفيدرالية(١).

ولا كذلك النموذج الأوربى الذى يجعل الرقابة القضائية على الدستورية منحصرة فى محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، على أن تكون لها سماتها الخاصة التى تنفرد بها، والتى تفصلها عن غيرها من المحاكم.

وقد ساد هذا النموذج فى كثير من الدول فى بداية القرن العشرين، وعلى الأخص بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كالمحكمة النمساوية والإيطالية والألمانية والمجلس الدستورى الفرنسى(٢).

---

(١) ظهر النموذج الأمريكى فى بداية القرن التاسع عشر حيث تقرر بصفة رئيسية بالحكم الصادر فى قضية:
Marbury v. Madison (1 Granch), 137 (1803).

(٢) المواد من ١٤٧ إلى ١٤٨ من القانون الدستورى للنمسا المعمول به فى ١٩٤٥/١٠/١٢؛ والمواد من ١٣٤ إلى ١٣٧ من دستور إيطاليا فى ١٩٤٧/١٢/٢٧؛ والمادة ٩٣ من القانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الفيدرالية المعمول به فى ١٩٤٩/٥/٢٣، وفى فرنسا من خلال مجلسها الدستورى المنصوص عليه فى دستور ١٩٥٨/١٠/٤.

وتزايد عدد هذه المحاكم بعد أن أنشأتها دول كثيرة فى الجزء الثانى من القرن العشرين من بينها أسبانيا والبرتغال وبلجيكا(١).

واستقراء هذين النموذجين، يدل على انحياز دول القانون العام إلى النموذج الأمريكى وعلى الأخص فى كندا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند.

وتأخذ اليونان والدول الاسكندنافية بالرقابة اللامركزية بعد مزجها ببعض عناصر النموذج الأوربى.

ولا تزال هذه الرقابة غير مسلم بها فى دول قليلة كهولندا والمملكة المتحدة ولوكسمبورج، وإن صح القول بأن الأهمية التى أعطتها الدول بوجه عام للرقابة القضائية على دستورية القوانين، هى التى نشرتها فى دول أوربا الشرقية كبلغاريا، والمجر، وبولندة، وجمهورية سلوفاكيا والجمهورية التشيكية.

ومع أن للرقابة على دستورية القوانين -حتى مع تباين الدول التى أقرتها فى تنظيماتها- غاية وحيدة تتمثل فى تحقيق الشرعية الدستورية من خلال تقييد كل سلطة بالحدود التى رسمها الدستور لها، وصون حقوق المواطنين وحرياتهم، إلا أن لكل جهة رقابية قواعد لتشكيلها، وتخوما لولايتها، وطرائق وآلية إجرائية، ووسائل فنية للفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها، فقد تكون رقابتها سابقة على صدور القانون، أو لاحقة لنفاذه.

وقد تكون رقابة مجردة تأخذ شكل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أو رقابة حية تبلورها خصومة دستورية يتطاحن أفرادها وتثير خلافا حاداً بين مصالحهم. وقد تكون الحقوق التى يكفلها الدستور لجهة الرقابة فى بعض الدول أكثر سخاء من الحقوق المقررة فى غيرها.

وقد زاوج النظام فى مصر بين النموذجين الأوربى والأمريكى، وذلك بتركيزه الرقابة على الدستورية فى يد جهة واحدة أنشأها الدستور بصفة خاصة لهذا الغرض -تأسيا بالنموذج الأوروبى-

---

(١) المواد من ١٥٩- ١٦٥ من الدستور الأسبانى الصادر فى ١٩٧٨/١٢/٢٩؛ أما فى البرتغال؛ فقد أنشئت محكمتها الدستورية بمقتضى القانون الدستورى رقم ١ لعام ١٩٨٢ المعمول به فى ١٩٨٢/٩/٣٠. وفى بلجيكا أنشئت بها محكمة التحكيم بمقتضى تعديل دستورى تم فى ١٩٨٠/٧/٢٩. ولم تعط لها سلطة الفصل فى الحقوق الأساسية للمواطنين إلا بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى ١٥ يوليو ١٩٨٨.

هى المحكمة الدستورية العليا التى تفصل فى المسائل الدستورية وفق الأوضاع المنصوص عليها فى المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، والتى يندرج تحتها الطعن فى النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -بعد العمل بها A Posteriori- عن طريق دفع يثار أمام محكمة الموضوع. وذلك استهداء بالنموذج الأمريكى.

وينبغى أن يلاحظ أن دستور مصر لعام ١٩٧١، وإن كان حديثا، إلا أنه ضم بين دفتيه ثراء التجربة المصرية وتناقضاتها. وآية ذلك التركيز على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم الاشتراكية من جهة، مع إيلاء الاعتبار بقدر أقل للحقوق المدنية والسياسية، من جهة ثانية؛ وتأمين الحماية القانونية المتكافئة طوراً، مع تقرير حصة للعمال والفلاحين فى المجالس النيابية لا تقل عن ٥٠% من مقاعدها طورا آخر؛ وضمان حرية التعبير من جهة، واشتراط أن يكون النقد بناء من جهة أخرى؛ وتوكيد حق التقاضى للناس جميعا، مع تخويل المواطنين دون غيرهم حق اللجوء إلى القاضى الطبيعى؛ والنص فى الدستور على المحاكمة القانونية للمتهم التى يحدد المشرع إطارها؛ بدلاً من المحاكمة المنصفة التى يرسم الدستور ضوابطها؛ وتقرير العدالة الاجتماعية كقاعدة تحكم النظام الضريبى فى الدولة، وعدم تطبيق مفهومها بالنسبة إلى غير الضريبة من الأعباء العامة، مما جعل الدستور بعيداً فى بعض زواياه، عن أن يكون متجانسا فى الأصول التى يقوم عليها(١).

---

(1) Nathalie BERNARD-MAUGIRON, THESE DE DOCTORAT EN DROIT "LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX , le 5 juillet 1999,p.11

الفصل العاشر
الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون

المبحث الأول
الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة

١٥١- تحيط الرقابة القضائية على الدستورية بفروع القانون جميعها، سواء فى أصول المسائل التى تنظمها، أو فى أجزائها وتفصيلاتها.

كذلك تتناول هذه الرقابة النصوص القانونية التى أقرها المشرع أو التى أصدرها، ليس فقط من جهة الحقوق التى أخل بها صراحة، ولكنها تتسع كذلك لتلك التى أهدرها ضمنا، سواء قصد المشروع إلى مخالفة الدستور، أم كان الخروج على أحكامه قد وقع عرضا(١).

والرقابة القضائية على الدستورية، هى التى تقيم لفروع القانون جميعها أسسها وضوابط تطبيقها، سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو القانون العام.

وهى بذلك تتسع لكل المسائل التى تناولها المشرع بالتنظيم، أيا كان موضوعها. فلا يظهر القانون فى صورته النهائية، غير مجرد تعبير عن المفاهيم التى أدخلتها جهة الرقابة على بنيانه، ليظل محكوما بها، دائرا فى فلكها لا يريم عنها.

ولئن صح القول بأن الأصل فى السلطة التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز تخطيها؛ وكان الدستور لا يكفل للحقوق ضماناتها إلا بقصد توكيد فعاليتها، ويحظر كل عدوان على مجالاتها الحيوية التى يرتبط وجودها بها(٢)؛ وكان لا يجوز أن تختلط الوظيفة القضائية بالوظيفة التشريعية، بل ينبغى أن تكون للسلطة التشريعية إرادتها،سواء فى منطقة اختصاصاتها التقديرية، أو

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٧ -ص ٢٩٩ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٣/٧٤ -ص١٠٦٧ الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٣/٨٣ -ص ١١٥٦ من الجزء الثامن.

فيما هو مقيد من مظاهر ولايتها؛ وكان من شأن القيود التى فرضها الدستور عليها، إبطال كل قانون يصدر على خلافها؛ وكان من المقرر حتى فى نطاق سلطتها التقديرية أن ترتبط دستورية النصوص القانونية التى تقرها -عقلاً- بما هو مشروع من أهدافها؛ وكان لا يجوز لجهة الرقابة أن تناقشها فى مقاصد النصوص التى صاغتها؛ ولا أن تعارضها فى حكمتها؛ ولا أن تنحل لها غير المعانى التى قارنتها؛ ولا أن توجهها إلى سياسية تشريعية تراها أفضل من غيرها؛ ولا أن تقترح عليها تنفيذها فى وقت دون آخر؛ ولا أن تبصرها بأوضاع معيبة لم تدركها؛ ولا أن تلزمها ببدائل غير التى انتقتها السلطة التشريعية لتنظيم الحق أو الحرية؛ فقد صار تقيد السلطة التشريعية بتخوم ولايتها، أصلاً ثابتاً فى المراجعة القضائية لتصرفاتها(١).

وفى هذه المنطقة، تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر سلطاتها تأثيرا فى مجتمعها، وأبعدها تحويرا لبنيانه، وأبلغها زجرا للسلطة التشريعية، وأقربها اتصالا بضمان سيادة الدستور فى إطار دولة قانونية ينبغى أن تعطيه كل اهتمامها وتوقيرها.

وتبدو الآثار الواضحة والبعيدة لقضاء جهة الرقابة على الدستورية فى فروع القانون المتصلة بالحرية الشخصية؛ وبحرمة الملكية الخاصة؛ وبحرية التعاقد؛ وبحق الدفاع؛ وبحق اللجوء إلى القاضى الطبيعى؛ وبضمان استقلال القضاء وحيدته لصون حقوق الأفراد وحرياتهم جميعها؛ وبنطاق الأعباء المالية التى يجوز فرضها على المواطن؛ وبقوانين أحوالهم الشخصية وغيرها.

ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية، تتناول هذه النصوص فى كافة مواضعها، وأيا كان موضوعها.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تخوض فى فروع القانون المختلفة بقدر تعلقها بالمسائل الدستورية المثارة فى الخصومة المطروحة عليها. ولم تنحصر رقابتها بالتالى فى فرع دون آخر من فروع القانون، ولكنها وسعتها جميعها انتقالا برقابتها من النصوص الجنائية إلى النصوص المالية؛ وإلى الأعمال التى تصدر عن السلطة التنفيذية فى نطاق اختصاصاتها التشريعية الأصلية والاستثنائية؛ وإلى الحقوق التى كفلتها قواعد القانون الدولى؛ وإلى أدواته فى تنظيم العلائق بين أسرة

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق " دستورية" -جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٦ -ص ٢٩٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢- قاعدة رقم ٥/٣٣ -ص ٥٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

الأمم كالمعاهدات الدولية؛ وإلى ضوابط التعيين والاختيار فى الوظيفة العامة؛ وإلى غير ذلــك مــن المسائل التى تثيرها النصوص القانونية كالحق فى العمل، وفى الملكية، وغيرها من الحقــوق التــى تتفرع عن إرادة الاختيار. فلا تكون الرقابة التى تفرضها المحكمة الدستورية العليا على النصـــوص القانونية المطعون عليها، غير رقابة شاملة تتناولها فى كافة مواقعها، وبغض النظر عن تعلقها بـــهذا الفرع أو ذاك من فروع القانون.

المبحث الثاني
الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي

المطلب الأول
المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي

١٥٢- يتصل تطبيق القانون الجنائي بالحرية الشخصية التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

ذلك إن الحرية الشخصية وثيقة الصلة بالحق في الحياة. وكل قيد على هذه الحرية يتخذ شكل الجزاء الجنائي، يتمخض عقابا مقتضيا إخضاع هذا الجزاء لأكثر صور الرقابة القضائية على الدستورية حدة.

ذلك إن النصوص الجنائية -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير متزمتة تلتئم مع طبيعتها بالنظر إلى أن هذه النصوص هي التي تنشئ الجرائم وتقرر عقوباتها.

وإذا ساغ القول بأن ضمان الحرية الشخصية لا يعني غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، على تقدير أن ما توخاه الدستور بصونها، هو مباشرتها دون قيود جائرة تنال منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها؛ وكان القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو فيما بينهم وبين مجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفارقها في اتخاذه العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون القبول بها متوقعا من منظور اجتماعي.

ولا يجوز بالتالي أن يجرم المشرع غير الأفعال التي تربطها علاقة منطقية بأضرار اجتماعية لها من وضوح ملامحها ما يكفل تعيينها وتوكيدها Identifiable and ascertainable judicial harm.

وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي، ملبيا لضرورة أن يتهيأ المذنبون لحياة أفضل، مستلهما أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، نائيا بعقابهم عن أن يكون واقعا بين الإفراط أو التفريط، منتهيا إلى الحض على الجريمة لوهنه، أو مغاليا في ردع مرتكبها بالنظر إلى شدته.

ويتعين من ثم، أن يحيط الجزاء الجنائى بهذه العوامل جميعها، وأن يصاغ على ضوئها، فـلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره Single valued approach.

وكلما استقام الجزاء الجنائى على قواعد يكون بها ملائما، ومبرراً من منظور اجتماعى؛ فـإن إحلال جهة الرقابة على الدستورية لخياراتها محل المشرع فى شأن تقرير جزاء، أو تحديد مـداه، لا يكون جائزا دستوريا(١).

المطلب الثانى

غموض النصوص الجنائية وانسيابها

١٥٣- لعل أكثر ما يهدد الحرية الشخصية، أن يكون النص العقابى مُجهلا بمعناه، أو منفلتـا بمداه.

ذلك إن غموض النص العقابى مؤداه أن يجهل المشرع بالأفعال التى أثمها، فلا يكون تحديدهـا قاطعا أو فهمها مستقيما، بل منبهما خافيا.

ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذيـن لا يتمـيزون بعلـو مداركـهم ولا يتسـمون بانحدارها. إنما يكونون بين ذلك قواما.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حدسهم طريقـا إلـى التخبط فى شأن صحيح مضمونها ومراميها، بعد أن أهمل المشرع فى ضبطها بما يحـدد مقـاصده منها، بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها.

مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطـارا معقولا Fair notice بما ينبغى عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التى نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقـم ٤٧/٥،٦ - ص٧٢٤و٧٢٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢٣،٢٢/٨-ص١٥٤و١٥٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. فضلا عن القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق "دستورية "-جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ٢٢/١٥-ص٢٧٧-الجزء السـابع من مجموعة أحكامها.

وليس جائزاً بالتالى أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها، عملا انتقائيا كاشفا عن أهوائهم ونزواتهم الشخصية، ومبلورا بالتالى خياراتهم التى يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون غير شراك لا يأمن أحد معها مصيرا، وليس لأيهم بها نذيرا.

كذلك، فإن النصوص العقابية فضلا عن غموضها، قد تتسم بتميعها من خلال اتساعها وانفلاتها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها فى تلك الأفعال التى يجوز تأثيمها وفقا للدستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص الدستور بها، أو كفل صونها بما يحول دون اشتمال التجريم عليها.

وهو ما يعنى إفراطها فى التأثيم، فلا يكون نسيجها إلا ثوبا يفيض عنها، ولا يلتئم وصحيح بنيانها Broad and fluid determination(١).

ولا يجوز بالتالى أن تكون النصوص العقابية، شباكا أو شراكا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها، أو بخفائها، من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، إذ لو جاز ذلك لكان بيد السلطة القضائية أن تصنفهم بنفسها -وجميعهم متهمون محتملين- وأن تقرر من يجوز احتجازه من بينهم، فلا يكون غموض القوانين الجنائية وفرطحتها، غير مدخل إلى إهدار حقوق كفلها الدستور، كتلك التى تتعلق بحرية التعبير، وبالحق فى تكامل الشخصية، وفى التنقل، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع(٢).

وكلما أثم المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود هذا المكان بما ينفى التجهيل به، يعتبر شرطا أوليا لصون الحرية الشخصية(٣).

وصار لازما أن يكون النص العقابى حاداً قاطعاً، لا يؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها كى لا تتداح دائرة التجريم، بما يخل بالأسس التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty التى يختل ضمانها من خلال قوانين جنائية تفتقر إلى الحد الأدنى من المعايير اللازمة لضبطها.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧-ص٧١٣-٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. راجع كذلك القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ق "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- القاعدة رقم ١٧/١-٥ ص ١٦٦- ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤- قاعدة رقم ٢٨/٥ -ص ٣٦٣ -٣٦٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٢٨/٤- ص٣٦٣ من الجزء السادس.

فضلا عن أن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، يقعدون عادة -حذر العقوبة وتوقيا لها- عن مباشرة الأفعال التى داخلتهم شبهة تأثيمها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها.

كذلك فإن غموض النصوص العقابية وتميعها، يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه.

وهى قواعد لا ترخص فيها، وتمثل إطارا لعملها لا يجوز اقتحام حدوده، خاصة وأن الدستور لم يلزم السلطة التشريعية بأنماط بذواتها تفرغ فيها الأفعال التى تؤثمها، وإن كلفها بأن تعمل من أجل ضبط النصوص القانونية التى تحدد هذه الأفعال، بما لا يخل بالحدود الضيقة لنواهيها(١).

المطلب الثالث

ضوابط دستورية العقوبة

١٥٤- دل الدستور بنص المادة ٦٦ التى تقضى بألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، على أن السلطة التشريعية هى التى تتولى أصلا بنفسها -ومن خلال قانون بمعنى الكلمة- تحديد الجرائم وبيان عقوباتها.

وليس لها بالتالى أن تتخلى كلية للسلطة التنفيذية عن ولايتها هذه، أو عن جوانبها الأكثر أهمية؛ وإن كان يكفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستور، أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم، وما يقارنها من جزاء؛ لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، بما يجعل تدخلها فى المجال العقابى وفق الشروط والأوضاع التى حددها القانون.

فلا يدور التجريم إلا مع النصوص القانونية التى تتسم بعموميتها وانتفاء شخصيتها La Portée génerale et impersonnelle.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٣/١٧ - ٥ ص ١٦٧ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

ولا يعنى ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالا محجوزا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعا للسلطة التشريعية، ومحددا على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم(١).

ومن المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم القانونى للجرائم التى ارتبط بها الجزاء الجنائى، لا ينال منها سريان هذا التنظيم فى شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التى عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقابا جنائيا. إذ لا يعدو ذلك أن يكون تقريراً لجزاء جنائى فى شأن وقائع متخالفة. وليس من شأن تباينها أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم(٢).

ولأن فكرة الجزاء -مدنيا كان أم جنائيا- مفادها أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه، فقد صار محققا أن كل جزاء جنائى لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها.

ويتحقق ذلك فى المجال الجنائى من خلال النصوص العقابية التى تتحدد على ضوئها الأفعال التى أثمها المشرع بصورة جلية قاطعة.

بما مؤداه ضرورة بيانها بما يكفل تعيين عناصرها تعريفا بها، فلا يجوز قياس غيرها من الأفعال عليها، ولو كان مضمونها فجا عابثا، أو كان وقوع الأفعال المقيسة، يثير اضطرابا عميقا.

ومن ثم تكون شرعية النصوص الجنائية، مقيدة نطاق تطبيقها بما لا يلبسها بغيرها، وبمراعاة أن العقوبة التى تقارن هذه النصوص، لا تعتبر نتيجة لازمة للجريمة التى تتصل بها، بل جزءا منها يتكامل معها ويتممها(٣).

والأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلاما غير مبرر، يؤكد قسوتها فى غير ضرورة.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧ -ص ٧٢٢-٧٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ٧٢٤ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٣ -ص ٤١٨-٤١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولم يعد جائزا بالتالى، أن يكون مضمون الجزاء الجنائى أو مداه، أو كيفية تنفيذه، دالاً على مجافاته للقيم التى ارتضتها الأمم المتحضرة، والتى تؤكد رقى حسها، وتكون علامة على نضجها على طريق تطورها.

خاصة وأن العمل فى الدول الديموقراطية جميعها، قد دل على تسليمها بالحقوق -التى تعتبر بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها- وثيقة الصلة بالحرية الشخصية؛ والتى لا يجوز معها أن تكون العقوبة مقيدة للحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة. وهى تكون كذلك بقسوتها أو امتهانها الكرامة الإنسانية.

ذلك أن انحطاط أو فحش الجزاء، مؤداه خروجه بصورة واضحة على الحدود التى يكون معها موائما للأفعال التى أثمها المشرع، بما يصادم التقدير الخلقى لأوساط الناس فيما يكون فى مفهومهم- وعلى ضوء القيم التى توارثوها، والعقائد التى لا يتحولون عنها- حقاً وصدقاً(١).

* كذلك فإن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ذلك إن الجرائم لا تتحد فى خطورتها، ولا يعتبر المتهمون نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جرائمهم أو دوافعها، أو خلفيتها.

وهم كذلك لا يتجانسون فى خصائص تكوينهم؛ ولا فى قدر ذكائهم، ولا فى نوع تعليمهم؛ ولا فى درجة نزوعهم إلى الإجرام، وترددها بين لينها واعتدالها؛ وغلوها، وإسفافها.

والاستثناء من قاعدة تفريد العقوبة أيا كان غرضه، مؤداه أن المذنبين تجمعهم صورة واحدة يصبون فى قالبها، وأنهم يتوافقون فى ظروفهم وأنماط سلوكهم، وأن وحدة جرائمهم تقتضى وحدة عقوبتهم. وهو ما يعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة، بما يفقد العقوبة فى مجال توقيعها، تناسبها مع وزن الجريمة وخطورتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض.

وإذ تبطل المحكمة الدستورية العليا العقوبة التى فرضها المشرع بالنظر إلى انعدام تناسبها مع الجريمة التى تقارنها، فإنها تنال من ذات التقدير التشريعى للعقوبة.

وكذلك الأمر إذا حظر المشرع وقف تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة. ذلك أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لهذا الحظر -وهو تقدير تشريعى- مؤداه أن تستعيد محكمة الموضوع سلطتها فى

---

(١) الحكم السابق -ص٤١٩- ٤٥٠ من الجزء السابع.

تفريد العقوبة. فلا تنزلها بنصها على الواقعة الإجرامية بافتراض ملاءمتها لها في كل أحوالها ومتغيراتها. ولكنها تزن وطأة العقوبة، بنوع الجريمة وظروفها وشخص مرتكبها، ضمانا من جانبها لمعقولية العقوبة وإنسانيتها.

يؤيد هذا النظر، أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذى يحقق الإيلام المقصود بها، ليتهيأ بتطبيقها -بالصورة التى صبها المشرع فيها- خطر اتصال المحكوم عليهم بها، بمذنبين آخرين ربما كانوا أفدح أجراما.

وليس ذلك من السياسة الجنائية فى شئ. وهو كذلك يناقض جوهر الوظيفة القضائية، وقوامها أن يستظهر القاضى دور كل متهم فى الجريمة، ونواياه التى قارنتها، وخياراته بشأنها، وما نجم عنها من ضرر، وبما يوائم بين الصيغة التى أفرغ المشرع العقوبة فيها، وملاءمة تطبيقها فى شأن جريمة بذاتها جبرا لآثارها من منظور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها(١).

فلا يكون تقدير القاضى للعقوبة التى يوقعها غير شرط يقتضيه الدستور بصفة أولية لضمان موضوعية تطبيقها.

A constitutional Prerequisite to the proportionate imposition of penalty.

كذلك تبلور العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن الجريمة مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، والتى لا يندرج تحتها رغبة الجماعة أو حرصها على إرواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تكفيرا عن الجريمة التى ارتكبها وتنكيلاً بـه؛ وإن أمكن القول إجمالا بأن ما يعتبر جزاء جنائيا، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازما لحمل

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٨ ق" دستورية"- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٣/١-٦- ص٩٢٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

راجع كذلك "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧/١١،١٢،١٣،١٤ -ص٧١٦، ٧١٧ من الجزء الثامن؛ فضلا عن القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٣ أغسطس ١٩٩٦/ قاعدة رقم ٣/٧ -١٠ ص ٧٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ وكذلك القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١ سبتمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٤ ص ٨٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

الفرد على أن ينتهج طريقا سويا لا تكون الجريمة مدخلا إليه، ولا يكون ارتكابها فى تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها(١).

وفى هذا الإطار يتعين التمييز بين نوعين من الردع:

أحدهما ردع عام، ويتمثل فى العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن الجرائم التى حددها، متدرجا بوطأة عقوبتها على ضوء خطورة كل جريمة، ليحمل من خلال عبئها،جناة محتملين على الإعراض عنها.

وثانيهما ردع خاص يتحقق فى شأن جريمة ارتكبها شخص معين ليحدد القاضى نطاق مسئوليته عنها، وقدر العقوبة التى تناسبها، كرد فعل لها.

ويتصل الردع الخاص بالتالى بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية -لا محتملة- ليقدر القاضى عقوبتها بصورة منطقية تربطها بالجريمة وبمرتكبها، فلا يتم توقيعها جزافاً أو بصورة نمطية، وإنما لتقابل عقوبة الجريمة حدود مسئوليته عنها، وبقدرها، بما يؤكد معقوليتها(٢).

* ولا إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التى تؤمن بها الأمم المتحضرة. ولا يكفى بالتالى أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقا قبل سلطة الاتهام توازنها وتردها إلى حدود منطقية. وإنما يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولا من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها حق المتهم فى الحصول على مشورة محام، والحق فى مجابهة الأدلة التى تقدمها النيابة العامة إثباتا للجريمة ودحضها، وكذلك مواجهته لشهودها، واستدعاءه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه(٣).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣/٣و٤ ص ٧٠ و٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -ص ٧١، ٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٩/٨- ص١٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها وأنظر كذلك "دستورية عليا" القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥- قاعدة رقم١٥/٢١- ص٢٧٦-٢٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨/٢٩،١٠ - ٧٤٥ من الجزء السابع.

* كذلك يقتضى ضمان الحرية الشخصية، ألا يؤاخذ بجريرة الجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من أتاها، ضمانا لشخصية العقوبة التى لا يجوز توقيعها فى شأن شخص لا يعد مسئولاً عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها أو شريكا فيها.

* وينبغى دوما أن تتوازن العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الأفعال التى أثمها مع خصائص هذه الأفعال ودرجة خطورتها. فإذا أختل تناسبها معها، صار فرضها من المشرع، وتوقيعها من القاضى، مخالفا للدستور(١).

* لا تفقد النصوص العقابية خصائصها كنصوص قانونية أوردها المشرع فى مجال التجريم، ولو كان عوارها دالاً على إنبهامها. إذ يقتصر أثر هذا العوار على إبطالها لانتفاء وضوحها ويقينها. وهما معنيان يلازمانها ولا ينفكان عنها،حتى يكون المخاطبون بها واعين بحقيقتها، فلا تخفى عليهم الأفعال التى أثمها المشرع(٢).

* ليس الجزاء فى المسئولية الجنائية -التى لا يحركها إلا ضرر عام اتصل بإتيان الأفعال التى أثمها المشرع- محض تعويض. بل ينحل إيلاما مقصودا لردع جناتها، حتى يكون الوقوع فى الجريمة من جديد أقل احتمالا.

ولا كذلك المسئولية المدنية التى لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته أو توقعها. بل مناطها كل عمل غير مشروع يُلحق بأحد من الأغيار ضررا، سواء كان هذا العمل عمدا أم إهمالا أو فعلاً بغير عمر أو إهمال.

ومن ثم كان جزاؤها التعويض الجابر لعناصر الضرر جميعها -مادية ومعنوية- وإن جاز النزول عن هذا التعويض باعتباره من الحقوق الشخصية، خلافاً للدعوى الجنائية التى لا يجوز النزول عنها أو التصالح عليها.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٩/١٥- قاعدة رقم ٥٧ -ص ٨٥٨ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ -القاعدة رقم ٥٨ - ص٧٦٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولئن كان اجتماع المسئولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد ضـــارا بالجماعـة وبمصلحة الفرد فى آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصوراً؛ إلا أن أظهر مـا يمـايز بينـهما، أن افتراض الخطأ وإن جاز فى المسئولية المدنية بالقدر وفى الحدود المنطقية التى يبينها المشرع، إلا أن المسئولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويُثبتها(١).

* لا يؤثم المشرع أفعالا بذواتها إلا من خلال العقوبة التى يفرضها جـزاء علـى ارتكابـها، مصيبا بعبئها -ولو اتخذ شكل غرامة مالية- من يكون مسئولا عنها من الفاعلين والشركاء، كلما قدر أن وطأة هذه الغرامة تكفى لردع من يتحملون بها، أو تصرفهم عن الجريمة، فلا يقدمون عليها. وتلك أغراض تستهدفها القوانين الجنائية فى عموم تطبيقاتها(٢).

* ليس بشرط فى الجزاء الجنائى-وأيا كان مداه- أن يكون معينا بصورة مباشرة، بل يكفـى أن يكون هذا الجزاء قابلا للتحديد. وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابى بين الغرامـة التى فرضها؛ وإهمال المخالفين لقوانين المبانى تصحيح مخالفتهم أو إزالتها، محددا مقدار هذه الغرامة بقدر المدة التى امتد إليها الإخلال بواجباتهم التى فرضتها تلك القوانين(٣).

* لا يجوز إسباغ الشرعية الدستورية على نظم جنائية لا تتكافأ من خلالها وسائل الدفاع التى أتاحتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها، فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها أو نفيها(٤).

* كلما كان مضمون النصوص العقابية يحتمل أكثر من تفسير، تعين أن يرجح القاضى مـن بينها، ما يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية، فى إطار علاقة منطقية يقيمها بين هـذه النصـوص وإرادة المشرع، سواء فى ذلك تلك التى أعلنها، أو التى يمكن افتراضها عقلاً(٥).

---

(١) الحكم السابق ص ٧٦٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص٧٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ يوليو ١٩٧٧ - القاعدة رقم ٤٧ /١٠ - ص٧١٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق."دستورية"- جلسة ١٩٧٧/٣/١٥-قاعدة رقم ٨/٣٠- ص٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٥) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - قاعدة رقم ٢٨ ص ٤٢٨ مـن الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

* لا يكون الجزاء مخالفا للدستور، كلما ارتبط عقلا بأوضاع قدر المشرع ضـرورة النزول عليها، وكان ناجما عن الإخلال بها. كذلك لا يعتبر الجزاء جنائيا فى غير دائرة الأفعـال أو صـور الامتناع التى جرمها المشرع، من خلال عقوبة قرنها بإتيانها أو تركها(١).

* يكون الجزاء الجنائى مخالفا للدستور، كلما اختل التعادل بصورة ظاهرة La disproportion manifeste بين مداه وطبيعة الجريمة التى تعلق بها(٢).

* لا يتعلق الجزاء الجنائى الواحد بغير الأفعال التى تتحد فى خصائصها.

فإذا مزج المشرع بين أفعال غشيها التنافر فى مضمونها وأثرها؛ وافترض بذلك تماثلـها فـى مكوناتها، وتساويها فيما بينها؛ فجمعها على صعيد واحد،وكأن ذات الدواء يصلحـها ويـرد عنـها أسقامها؛ فإن إنزال جزاء واحد على هذه الأفعال المتنافرة خصائصها، يكون مخالفاً للدستور(٣).

* يتحدد مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدولة القانونية عليها، وتتقيد هى بها، علـى ضوء مستوياتها التى التزمتها الدول الديموقراطية،واستقر العمل لديها على انتهاجـها فـى مظـاهر سلوكها. ويندرج تحتها، تصعيد الجزاء -جنائيا أو مدنيا أو تأديبيا أو ماليا- بقدر خطورة الأفعال التى ارتبط بها(٤) In ascending order فلا يتسم الجزاء بالإفراط، ولا بالتفريط.

* يتعين على الأخص فى كل عقوبة، ألا تكون مجاوزة بقسوتها الحدود التى توازنها بالأفعـال التى أثمها المشرع؛ ولا أن تكون منتهية إلى معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠/أ، ٢، ٣ -ص ١٣٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية "- جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ -قـاعدة رقم ٥٧ -ص ٨٦٨ -٨٦٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قـاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ مـن الجزء السابع؛ "دستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "دستورية " جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقـم ١٠٤ - ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ذلك أن الاتهام الجنائى لا يجوز أن يكون متلاحقا، بما يقوض اطمئنان المتهم، ويجعلـه قلقـا مضطربا، تهدده سلطة الاتهام ببأسها ونزواتها، تمد إليه بطشها حين تريد، كى تلحق به أشكالاً مـن المعاناة يجهل معها مصيره، ولا يأمن معها أن تعيده من جديد لدائرة اتهامها(١).

* لا يجوز أن يكون التحرش بالمتهم سياسة جنائية تؤمن عواقبها، أو تسـتمد دوافعـها مـن نصوص الدستور.

إذ هى فى حقيقتها عدوان على الحرية الشخصية التى كفلها، والتى ترقى بأهميتها إلـى حـد إدراجها فى إطار الحقوق الطبيعية الأسبق وجوداً من نشأة الدولة بكل تنظيماتها، حتـى عنـد مـن يقولون بأن عقدا اجتماعيا قد انتظمها مع المقيمين فيها، وأنهم نزلوا لها بمقتضاه عن بعض حقوقـهم، لتمارسها هى بما يحقق مصالحهم فى مجموعها(٢).

* يفترض تأثيم المشرع أو الدستور أفعالا بذواتها أو صورا من الامتناع يحددانها، أن تتمحض سلوكا -إيجابيا كان أم سلبيا- فلا تكمن فى أعماق النفس، ولا تكون مغلفة بدخائلها.

وإنما يكون ارتكابها أو الامتناع عن إتيانها معبراً عن إرادة عصيان نصوص عقابية آمرة زجر بها المشرع المخاطبين بها.

ولا كذلك ما تقره السلطة التشريعية من نصوص قانونية فى مجال التجريم، ولا ما يصدر مـن هذه النصوص عن السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها.

ذلك أن تلك النصوص لا تبلور عملا ماديا تظهر به الجريمة على مسرحها، ولكنها تحدد لدائرة التجريم نطاقها، على ضوء الضرورة الاجتماعية التى تقدرها(٣).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ق "دستورية" جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ٢٢/١٨ -٢٣ ص ٣٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -القـاعدة رقـم ٧/٤٧ -٨- ص٧١٤ -٧١٥ من الجزء الثامن؛ ص ١٥٣ من الجزء السابع -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ق- "دستورية" -جلسـة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ١٨/٨-٢٠.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/١١/١٥-قـاعدة رقـم ٦٤- ص ٩٣١، ٩٣٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

* لا يجوز أن يكون سريان النصوص العقابية رجعيا، بل مباشرا لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذى يجرمها(١).

المطلب الرابع

فى الجريمة العمدية وغير العمدية

١٥٥- مناط العلائق التى ينظمها القانون الجنائى فى مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه الأفعال ذاتها، فى علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هى التي يتصور إثباتها ونفيها؛ وهى التى يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض؛ وهي التى تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها، وإيقاع العقوبة التى تلائمها(٢)؛ وهى التى تستخلص منها كذلك توافر القصد الجنائى أو تخلفه من خلال نظرها فى عناصرها، وتنقيبها عما قصد إليه الجانى حقيقة من وراء ارتكابها.

ومن ثم تبلور عناصر هذه الأفعال إرادة عقل واع أبصر نتائجها وحرص على تحقيقها.

ولا يتصور بالتالى وفقا لأحكام الدستور أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية -وليس النوايا التى يضمرها الإنسان فى أعماق ذاته- تعتبر واقعة فى منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا.

فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجيا فى صور مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة(٣).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧ -ص ٤٢٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ قاعدة رقم ٢ -ص ٥٩ من الجزء السابع من أحكامها.

(٣) الحكم السابق ص ٥٩.

١٥٦- والأصل فى الجرائم، أنها تعكس تكوينا مركبا، باعتبار أن قوامها تزامنا بين يد اتصل الإثم بعملها، وعقل واع خالطها ليهيمن عليها محددا خطاها، متوجها إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، ليكون القصد الجنائى ركنا معنويا فى الجريمة (Mens Rea) مُكملاً لركنها المادى (Actus Reus)، ومتلائما مع الشخصية الفردية فى ملامحها وتوجهاتها.

وهذه الإرادة الواعية هى التى تتطلبها الأمم المتحضرة في مناهجها فى مجال التجريم بوصفها ركنا فى الجريمة، وأصلا ثابتا كامنا فى طبيعتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر. ولكل وجهة هو مُولّيها، لتنحل الجريمة -فى معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التى تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلًا عن الانتقام والثأر المحض من صاحبها.

وغدا أمرا ثابتا -وكأصل عام- ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحُر، ومن ثم مقصودا.

ولئن جاز القول بأن تحديد مضمون تلك الإرادة وقوفا على ماهيتها، لازال أمرا عسيراً، إلا أن معناها -وبوصفها ركنا ماديا فى الجريمة- يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجانحة felonious intent أو النوازع الشريرة المدبرة malice aforethought أو تلك التى يكون الخداع قوامها fradulent intent أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم، مقترناً بقصد اقتحام حدوده guilty knowledge، لتدل جميعها على إرادة إتيان فعل بغياً(١).

على أن هذا الأصل -وإن ظل محورا للتجريم- إلا أن المشرع عمد أحياناً -من خلال بعض اللوائح - إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائى، باعتبار أنها لا تدل بذاتها على جنوح إلى الشر والعدوان، ولا يختل بها قدر مرتكبها أو اعتباره، وإنما ضبطها المشرع تحديدا لمجراها، وحداً من مخاطرها، وأخرجها بذلك عن مشروعيتها -وهى الأصل- وجعل عقوباتها متوازنة مع طبيعتها، فلا يكون أمرها غلوا من خلال تغليظها، بل هينا فى الأعم.

وقد تصاعد هذا الاتجاه إثر الثورة الصناعية التى تزايد معها عدد العمال المعرضين لمخاطر أدواتها وآلاتها ومصادر الطاقة التى تحركها. واقترن ذلك بتعدد وساط النقل وتباين قوتها، وبتكدس

---

(١) الحكم السابق ص ٥٩ و ٦٠.

المدن وازدحام أحيائها، وبغلبة نواحى الإخلال بالصحة العامة وبوجه خاص من خلال الاتصال بالمواد الغذائية سواء عند إنتاجها أو توزيعها وتداولها أو بمراعاة نوعيتها.

وكان لازما بالتالى -لمواجهة تلك المخاطر- أن يفرض المشرع على المسئولين عن إدارة الصناعة أو التجارة وغيرهم قيودا كثيرة غايتها أن ينتهج المخاطبون بها سلوكا قويما يقتضيهم بذل العناية التى يتوقعها المشرع من أوساطهم، ليكون النكول عنها -وبغض النظر عن نواياهم- دالاً على تراخى يقظتهم، ومستوجبا عقابهم.

غير أن تقرير هذا النوع من الجرائم فى ذلك المجال، ظل مرتبطا بطبيعتها ونوعيتها، ومنحصرا فى الحدود الضيقة التى تقوم فيها علاقة مسئولية بين من يرتكبها، وبين خطر عام، لتكون أوثق اتصالا برخاء المواطنين وصحتهم وسلامتهم فى مجموعهم Public Welfare Offenses وبإهمال من قارفها لنوع الرعاية التى تطلبها المشرع عند مباشرته لنشاط معين، أو بإعراضه عن القيام بعمل ألقاه عليه باعتباره واجبا، وبمراعاة أن ما توخاه المشرع من إنشائها هو الحد من مخاطر بذواتها بتقليل فرص وقوعها، وإنماء القدرة على السيطرة عليها، والتحوط لدرئها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون إيقاع العقوبة المقررة لها، معلقاً على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها foreseeability of resulting harm

ذلك أن الخوض فى هذين الأمرين يعطل أغراض التجريم، ولأن المتهم -ولو لم يكن قد أراد الفعل- كان باستطاعته أن يتوقاه لو بذل جهدا معقولا لا يزيد وفقا للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقعا عقلا من أوساط الناس Ordinary reasonable man. فإذا لم يبذل هذا الجهد، ونجم ضرر عن الفعل، صار مسئولا عنه ولو وقع بصفة عرضية أو كان مجاوزاً تقديره.

١٥٧- ولازم ما تقدم، أن الجرائم غير العمدية استثناء من الأصل فى جرائم القانون العام التى لا تكتمل مقوماتها إلا باعتبار أن القصد الجنائى ركن فيها، مقتضيا تدخلا إيجابيا مقترنا بالإرادة الواعية التى تعطى العمل دلالته الإجرامية. وبها يكون العدوان فى الأعم واقعا على حقوق الأفراد أو حرياتهم أو ممتلكاتهم أو حيائهم أو آدابهم public decency and morality [١].

---

(١) الحكم السابق ص ٦٠-٦٢.

١٥٨- ويمثل القصد الجنائى أكثر العناصر تعقيدا فى المجال الجنائى، باعتباره متصلا بالحالة الذهنية التى كان عليها الجانى حين أقدم مختارا على إتيان الفعل المؤثم قانوناً. وهى حالة أدخل إلى العوامل الشخصية التى تدل على أن إتيان الجانى أفعالا بذواتها، كان بغرض تحقيق نتيجة إجرامية بعينها. ولا كذلك الجريمة غير العمدية التى تقوم على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغى أن يلتزمها الجانى فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة فى بنيانها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينتفى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها. ومن ثم أحاطها القانون الجنائى بالجزاء، مُحددا ضابطها بما كان ينبغى أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم فى التزام قدر معقول من التحوط [Ordinary reasonable person's standard of care] لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافا ظاهرا عن ذلك المقياس، يتحدد بقدره، نوع الجزاء عنها، ومقداره

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائرا أصلا -وبوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التى أحدثتها، فكلما أرداها الجانى وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره عناصر الخطأ التى تكونها.

وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التى أتاها(١).

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية يجمعها معيار عام يتمثل فى انحرافها عما يعد -وفقا للقانون الجنائى- سلوكا معقولا لأوساط الناس؛ وأن صور الخطأ التى تقارنها، تتباين فيما بينها، سواء فى نوع المخاطر التى تتصل بالخطأ أو درجتها.

ويتعين بالتالى أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثما فى تقديره، مع بيان عناصر الخطأ فى كل جريمة غير عمدية قطعا لكل جدل حول ماهيتها، وحتى لا تحمل النصوص

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤/١٩ -٤٦ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

العقابية المخاطبين بها بما لا يطيقون، ولا تؤاخذهم بما يجهلون، ولا تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير منذرين، ولا أن تتهاهم عما ألبس عليهم، وإلا كان التجريم خداعا أو ختالا، يناقض النظم العقابية جميعها التى تأبى أن تتحدر آدمية الإنسان إلى أدنى مستوياتها إذا ما أخذ بالظن والاحتمال..

وكلما فرض النص المطعون فيه عقوبة المخالفة كجزاء على الأفعال التى أثمها، فإن وهن هذا الجزاء، يدل على تعلقه بأفعال لا يتعمدها مرتكبها، ليكون قوامها خطأ اتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية، إطارا.

المطلب الخامس
في رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٥٩- كذلك فإن الأصل فى النصوص العقابية هو أن يكون سريانها بأثر مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعيا إعمالا لقاعدة كفلتها المواثيق الدولية، ورددتها المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية التى تقضى بأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذى ينص عليها(١). ولا نفاذ للقوانين الجنائية بالتالى فيما قبل وقت العمل بها، وإلا كان تطبيقها رجعياً.

ويتعين لذلك ألا تتعلق هذه القوانين بغير الأفعال التى ارتكبها جناتها بعد سريانها، ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها La loi préalable.

على أن سريان القوانين الجنائية، على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلا، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يُفقدها معناها.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ؛ إلا أن القانون الجنائى الأكثر رفقا بالمتهم، يكفلها ويصونها.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧- قاعدة رقم ٧/٣٠ -ص ٤٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويتحقق ذلك إما بإنهاء تجريم أفعال أثمها قانون جنائى سابق، أو عن طريق تعديل تكيفها، أو بتغيير بنيان بعض عناصرها، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل وطأة؛ وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها، إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم فى مجال تطبيقها بالنسبة إليه(١).

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا وتتكاملان:

أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا فى الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعيا كلما كان أشد وقعا على المتهم.

ثانيتهما: وجوب تطبيق القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق، كلما كان تطبيق القانون الجديد فى شأن المتهم، أكفل لحريته.

ذلك إن كل قانون جديد يمحو عقوبة الأفعال التى أثمها القانون القديم أو يخففها، إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونا أفضل يقوض مركزا سابقا.

ومن ثم يحل القانون الجديد -وقد صار أكثر رفقا بالمتهم، وأعون على صون الحرية الشخصية التى اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يمس- محل القانون القديم، فلا يتزاحمان أو يتداخلان، بل يكون ألحقهما أولى بالتطبيق من أسبقهما.

وغدا لازما بالتالى -فى مجال إعمال القوانين الجنائية الموضوعية الأكثر رفقا بالمتهم- توكيد أن صون الحرية الشخصية من جهة وضرورة الدفاع عن مصالح الجماعة والتحوط لنظامها العام من جهة أخرى، مصلحتان متوازيتان، فلا تتهادمان.

وصار أمرا مقضيا، وكلما كان التجريم المقرر بالقانون السابق، قد ارتبط بتدابير استثنائية قرر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التى ظل فيها هذا القانون نافذا؛ وكان القانون اللاحق قد دل على أن هذه التدابير الاستثنائية التى انبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها؛ لم تعد لها من فائدة، فإن تطبيق هذا القانون يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية التى كفل الدستور صونها(٢). فلا يكون إنفاذ

---

(١) الحكم السابق -قاعدة رقم ٩/٣٠، ١٠ - ص٤٦٧، ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٢) الحكم السابق - قاعدة رقم ١٦/٣٠، ٢٠ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ من الجزء الثامن.

القانون الجديد منذ صدوره، إلا تثبيتا للنظام العام بما يحول دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

وما تطبيق القانون الأصلح للمتهم إلا إعمالاً للسياسة العقابية الجديدة التى اختطتها السلطة التشريعية على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية.

ويفترض إعمال السياسة، أن يكون القانونان السابق واللاحق اللذان نقارنهما ببعض لتحديد أصلحهما للمتهم، غير مخالفين للدستور، ومتزاحمين على محل واحد، ومتفاوتين فى العقوبة المقررة بكل منهما. فلا نأخذ من صور الجزاء التى تتعامد على المحل الواحد، إلا تلك التى تكون فى محتواها أو أوصافها أو مبلغها Le contenu, les modalités et le quantum des peines أقل بأسا من غيرها.

والمبادئ المتقدم بيانها والتى رددتها الأمم المتحضرة، هى التى كفلها فى فرنسا مجلسها الدستورى وذلك فيما قرره من:

<u>أولاً</u>: كلما نص القانون الجديد على عقوبة أقل قسوة من تلك التى قررها القديم، تعين أن تعامل النصوص القانونية التى تتغيا الحد من آثار تطبيق القانون الجديد فى شأن الجرائم التى تم ارتكابها قبل نفاذه، والتى لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضى، باعتبارها متضمنة إخلالا جسيما بالقاعدة التى صاغتها المادة ٨ من إعلان ١٩٧٩ فى شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتى لا يجوز للمشرع على ضوئها أن يقرر للأفعال التى يؤثمها، غير العقوبة التى تقتضيها ضرورة شديدة الحدة والوضوح Lo loi ne doit etablir que des peines strictement et evidemment nécessaires.

ذلك أن عدم تطبيق القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبها جناتها فى ظل القانون القديم، مؤداه أن ينطق القاضى بالعقوبات ذاتها التى قررها هذا القانون، والتى لم يعد لها -فى تقدير السلطة التشريعية التى أحدثتها- من ضرورة(١).

<u>ثانياً</u>: أن تأثيم المشرع لأفعال بذواتها، لا ينفصل عن عقوباتها التى يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة فى ذاتها، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع التى تقارنها.

---

(1) C.C ١٢٦ - ٨٠ .D.C, 19 et 20 Janvier 1981, Rec.p.15.

ولا تتعلق هذه الضوابط بالعقوبات التى توقعها السلطة القضائية فقط، ولكنها تمتد لكل جـــزاء يتسم بخصائص العقوبة، ولو كان المشرع قد عهد بالنطق به إلى جهة غير قضائية(١).

ثالثاً: على جهة الرقابة على الدستورية -وإعمالاً منها لمبدأ شرعية الجرائـم وعقوباتـها- أن تفصل فى ملاءمة العقوبة التى فرضها المشرع للأفعال التى أثمها، باعتبارها شرطا مبدئيـا لتقريـر دستوريتها(٢). فإذا اختل التوازن بصورة ظاهرة بين الجريمة وعقوبتها، صار الجزاء الجنائى مخالفا للدستور(٣).

رابعاً: أن النصوص الجنائية التى يتعين تطبيقها بأثر مباشر على الأفعال اللاحقة للعمل بـــها، هى تلك التى تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التى قررتها النصوص القديمة(٤).

خامساً: القول بعدم سريان القانون الأصلح على الجرائم التى تم ارتكابها فى ظل القانون القديم، مؤداه تطبيق العقوبة المنصوص عليها فى القانون القديم، والتى لم يعد لها من ضرورة فـــى تقديـر السلطة التشريعية ذاتها(٥).

"Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi penale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du legislateur, ne sont plus nécessaires".

---

(1) C.C. 87 - 237 D.C., 30 decembre 1987, R.p. 63.
(2) C.C. 86 - 215 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.130 ; C.C. 87 - 237 D.C., 30 dec. 1987, R.p.63.
(3) C.C 87 - 237. D.C., 30 Sep. 1987, R.p.63.

ويلاحظ أن المجلس الدستورى الفرنسى كان قد أصدر حكما فى ٢٠ يناير ١٩٩٤ أثار قدرا كبيرا من الجدل لأنـــه قضى بأن عقوبة الثلاثين عاما التى فرضها المشرع على قتلة القصر الذين بلغوا خمسة عشر سنة والتى اقترن القتـل بها أو كان مسبوقا باغتصاب الضحية أو تعذيبه أو مباشرة أعمال بربرية عليـــه، لا تتسـم بالمغــالاة، ولا تنــاقض ضرورة العقوبة لمواجهة هذه الأفعال.

C.C. 93 - 334 D.C.,20 Janvier 1994,R.p.27.

(4) C.C. 82 - 125 D.C., 30 decembre 1982, R.p.88.

(5) C.C. 80 - 127 D.C., 19 et 20 Janvier 1981, R.p.15.

المبحث الثالث
الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي

١٦٠- يبلور قانون الإجراءات الجنائية خصائص الدعوى الجنائية، ومن له الحق فى رفعها ومباشرتها وقيود تحريكها(١) وتحقيقها، وأحوال انقضائها، والقيام بأعمال التحقيق، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتلبس بالجريمة، والقبض على المتهم ودخول المنازل وتفتيشها، وتفتيش الأشخاص وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة، وانتهاء التحقيق والعودة إليه لظهور دلائل جديدة. فضلا عن طرق الطعن فى الأحكام وأحكام تنفيذها.

وهذه القواعد جميعها -وبالرغم من طبيعتها الإجرائية- تؤثر فى المحصلة النهائية للخصومة الجنائية. وغايتها الفصل فى الاتهام الجنائى بصورة منصفة فى نطاق حد أدنى من الحقوق التى تكفلها للمتهم، والتى يوازن بها تلك التى تملكها سلطة الاتهام.

ومن ثم كان منطقياً أن نعرض للمحاكمة المنصفة من جهة خواصها، وضرورتها، ونطاق الحقوق التى تكفلها، والتى يندرج تحتها افتراض براءة المتهم، ونطاق هذا الافتراض وأثره على سير الدعوى الجنائية، وضوابط التحقيق والفصل فى الاتهام. وفيما يلى تفصيل لما تقدم:

المطلب الأول
ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها

١٦١- لا تتعلق ضوابط المحاكمة المنصفة بالدعوى الجنائية وحدها، ولكنها تنبسط إلى كل دعوى، ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانة الدفاع التى تعتبر أصلا فى الدعاوى جميعها، وبغض النظر عن موضوعها.

على أن الدستور -وبالنظر إلى وطأة القيود التى تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية- حرص على أن يولى الاتهام الجنائى عناية خاصة، فأحاط هذا الاتهام بعدد من الضوابط التى نص عليها فى المادة ٦٧، كى يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد فى الحرية من جهة، وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

---

(١) من ذلك تعلق الحق فى رفعها على شكوى أو إذن أو طلب.

ومن المتصور في مجال القانون الجنائي الإجرائي، ألا تتحد القواعد التي يقوم عليها هذا القانون، بالنظر إلى تغاير الوقائع التي تحكمها؛ والمراكز التي تواجهها؛ والأشخاص المخاطبين بها(١)؛ إلا أن هذه القواعد -سواء في مضمونها أو عموم تطبيقاتها- لا يجوز أن تخل بالحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم مع غيابها إلى الفصل في الدعوى الجنائية بطريقة منصفة. وتتقدم هذه الحقوق، ضرورة أن يخطر المتهم في أقصر أجل -وتفصيلاً- بالواقعة التي يدور الاتهام حولها، وبالأدلة التي تثبتها، وأن يفهم المتهم حقيقتها باللغة التي يدركها، وإلا تولى مترجم بيان ماهيتها، وتوضيح ما خفي من جوانبها.

ويتعين أن تتهيأ للمتهم كذلك -وعلى ما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان- كافة الوسائل الضرورية التي يتطلبها إعداد دفاعه، وأن يختار محامياً إذا كان قادراً على دفع أتعابه، وإلا حصل من الدولة بغير مقابل على محام يتولى هذا الدفاع لمصلحة العدالة. وله كذلك أن يستوجب الشهود الذين تقدمهم النيابة وأن يواجههم، وأن يقابل شهادتهم بشهوده، ووفق الشروط ذاتها.

وعملاً بالفقرة الأولى من المادة ٦ من هذه الاتفاقية، يكون لكل متهم حق في الاستماع إليه وفق إجراءات منصفة؛ وعلانية؛ وخلال مدة معقولة؛ وأن تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في الأساس الذي تقوم التهمة عليه، محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون.

وينطق بالحكم علانية، وإن جاز منع الصحافة أو الجمهور، من دخول قاعة الجلسة سواء بالنسبة إلى كامل إجراءاتها أو بالنظر إلى بعض جوانبها، كلما كان ذلك مطلوباً لمصلحة أمن الوطن، أو النظام العام، أو لحماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛ وكذلك إذا كان هذا الحظر تقتضيه حماية مصلحة القصر، أو صون خواص الحياة؛ أو كان من شأن علانية جلساتها -وبالنظر إلى بعض الأوضاع الخاصة- الأضرار بالعدالة في ذاتها.

تلك هي الخطوط العريضة لحقوق المتهم في مواجهة سلطة الاتهام ويندرج تحتها بوجه خاص:

أولاً: أن يفصل في الاتهام خلال مدة معقولة Un delai raisonnable ذلك أن العدالة المتأخرة تناقض العدالة الناجزة؛ والعدالة الجامحة غير العدالة المتبصرة. وتراخيها مساو لإنكارها Justice

---

(١) فالأحداث مثلا لهم قواعد إجرائية تخصهم.

delayed, justice denied بما يخل بمصداقيتها وفعاليتها. والإسراع في تحقيقها L'exigence de celerite غير التردد في إنفاذها.

وتتحدد المدة المعقولة التي يفصل خلالها في الاتهام الجنائي على ضوء معيار مرن يعتد بأوضاع كل جريمة وظروفها، خاصة ما تعلق منها بدرجة تعقدها وتشابكها في وقائعها وملامحها القانونية؛ وتنوع أدلتها؛ وخفاء مسرحها؛ وندرة الشهود عليها أو غيابهم؛ وكذلك سلوك كل من المتهم والنيابة ومناوراتهم(١)، وبمراعاة أن تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، يلحق بالمتهم إضرار جسيمة لا تقوم حاجة إلى إثباتها، لأنها تفترض. ذلك أن بقاء الجريمة بغير فصل في ثبوتها أو انتفائها، يجعل المتهم قلقا مضطرباً، فلا يطمئن إلى مصيره. وإنما يظل ملاحقا باتهام لا تبدو لدائرة شروره من نهاية، فضلاً عن احتمال اختفاء شهوده أو وهن ذاكرتهم.

والعدالة فوق هذا لا تعتبر محض قيمة نظرية، وإنما يتعين أن يلمسها المتهم وأن يعايشها ويشهدها ببصره Justice must not only be done, it must be seen to be done.

وعلى الدولة بالتالي أن تعمل على تطوير نظمها القضائية حتى تكفل لمن يمثلون أمام محاكمها فصلا منصفا وعلنيا في الاتهام الموجه إليهم، وكذلك في حقوقهم والتزاماتهم المدنية، بما يكفل تكامل إجراءاتها منظوراً إليها في مجموعها.

١٦٢- وينبغي أن يلاحظ كذلك:

أولاً: أن الاندفاع في الفصل في الاتهام الجنائي، لا يقل سوءاً عن الفصل فيه بصورة متراخية.

ذلك أن الضرر واحد في الحالتين، لأنها ينتهيان إما إلى عدالة مختصرة، وإما إلى عدالة يستطيل زمن تحقيقها. فلا يكون الحكم الصادر في الخصومة الجنائية مستهدفاً إحقاق الحق، بل

---

(١) من قبيل مسلك المتهم أن يبدل المحامين الذين يدافعون عنه، في نطاق مناوراته التي يستهدف بها عدم الفصل في الدعوى الجنائية. ويكون مسلك النيابة كذلك معيباً، إذا لم توضح التهمة بصورة كافية، أو إذا تعمدت إخفاء بعض أدلتها لتطول معاناة المتهم. ولا يكفي مجرد السلوك السيئ؛ بل يتعين حتى يكون المتهم أو النيابة مسئولة عن طول المحاكمة، أن يكون السلوك تعسفياً.

Jean Claude Soyer et Michel de Slavia, commentaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Sous La direction de Louis - Edmond Petititi et Emanuel Decaux. Commentaire article par article. Economica. p.p. 267- 268.

متوانيا أو متعجلاً. بما يناقض الحرية المنظمة، ويعارض مفاهيم العدل التى ارتضتها الأمم المتحضرة سلوكا لها، حتى فى أفحش الجرائم وأسوئها وقعا، وأشدها خطراً.

ثانيا: يتعين فى مجال تقييم خروج المحكمة على ضوابط الاعتدال، أو إنصافها المتهم، النظر إلى إجراءاتها وضماناتها فى مجموعها(١). l'ensemble du procés en cause بوصفها واقعة فى إطار الحقوق التى يملكها المتهم، ويوازن بها حقوق سلطة الاتهام قبله، كافتراض البراءة، وحقوق الدفاع وتكافؤ الأسلحة، والحق فى المواجهة.

وحقوق المتهم هذه هى التى عددتها،وإن لم تحصها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يجوز بالتالى فصلها عن جذور المفاهيم التى تضمها إلى بعضها، والتى تعتبر المحاكمة المنصفة إطاراً لها(٢) L'exigence d'equité.

ثالثا: أن علنية المحاكمة وإن كان يحوز حظرها فى الأحوال الاستثنائية التى حددتها الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية المشار إليها؛ إلا أن هذه العلانية L'exigence de publicité تكفل ألا تتم المحاكمة وراء جدران مغلقة؛ وأن يكون إطلال الجمهور على وقائعها وإجراءاتها كافلاً ثقتهم فى القضاة، ومراقبتهم فى تصرفاتهم.

وهى كذلك ضمان لإدارة العدالة بطريقة فعالة تؤمن إنصافها، بما يصون للنظم الديموقراطية واحداً من أهم خصائص ملامحها.

رابعا: أن ضمان استقلال المحكمة التى تفصل فى الاتهام، يقتضى ردع السلطة التنفيذية عن كل أشكال التدخل فى شئونها. ولا كذلك حيدتها التى تفترض من جانبها موقفا لا تفضل فيه خصماً على آخر. فلا تنحاز لأحدهما إضراراً بغيره، وإلا كان حكمها قرين التحكم. ويتعين فى كل حال ألا تكون حيدتها واستقلالها مظهراً بلا مضمون(٣).

---

(١) أنظر فى ذلك قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:
Affaire Goddi c. Italie, arrêt du 9 avril 1984, A no 76 & 28.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء هذه المحكمة فى:
Affaire Borgers c. Belgique, arrêt du 30 Oct. 1991, A no 214 b, & 25; Affaire Francesco Lombardo C.Italie, arrêt du 26 Nov.1992 , A no 249 - B.& 23

(3) Affaire De Cubber c. Belgique, arrêt 28 Oct. 1984, A no 86, 29.

خامساً: يجب أن تكون وظيفة المحكمة من طبيعة قضائية، وأن تفصل بنفسها فـــي العنـــاصر الواقعية والقانونية للنزاع حتى ينحسم. ويفترض ذلك أن يكون طرق أبوابها حق لكل شــــخص، وأن تكون بيدها سلطة التقدير والتقرير فصلا فى هذا النزاع.

ولأن الحرية الشخصية لا يجوز تقييدها دون مقتض، فإن صونها يقتضى أن تتولـــى سـلطة الاتهام بنفسها، إثبات وقوع الجريمة بأركانها التى عينها المشرع، وذلك من خلال عرض أدلتها على الهيئة القضائية للإقناع بها، بما يزيل كل شبهة لها أساسها حول صحتها.

ذلك أن النيابة تعمد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق صورة جديدة تنـــاقض افتراض البراءة التى لا ينحيها إلا حكم قضائى تعلق بجريمة بذاتها، وصار باتا فى شأن نسبتها إلـــى فاعلها؛ وفاصلا فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلبا فيها؛ وبما يحول دون افتراض المسئولية الجنائية، ولو فى أحد عناصرها. وقد تتسم الجريمة التى تنسبها إلى المتـــهم بتداخل صور متعددة من النشاط فيها. فلا يتم الفصل فيها إنصافا إذا كان الدفاع غائبا عنها، أو كـــان الدفاع بشأنها حتى مع وجوده، لا يقدم معونة فعالة للمتهم. وهو يكون كذلك إذا لم يحـــط بـــالدعوى الجنائية من كافة جوانبها، أو قصر عن مواجهة حكم القانون فيما هو هام من نقاطها؛ وما يكون مـــن الحلول والبدائل أكثر احتمالا فى مجال كسبها، فضلاً عن مساندتها بما يكون لازما من الأوراق التـــى توثقها.

كذلك فإن لكل متهم وسائل إجرائية يقتضيها وفقاً للدستور من سلطة الإتـــهام، ومـــن محكمـــة الموضوع ذاتها، وإلا وقع الحكم الصادر عنها باطلاً.

ويندرج تحتها أن ينفى التهمة الموجهة إليه بكافة الوسائل القانونية، وأن يواجه الشهود الذيـــن قدمتهم سلطة الاتهام ويجرحهم؛ وإلا يحمل على شهادة يدان بسببها؛ وألا يتورط فى دفاع خـــاطئ إذا فاجأته سلطة الاتهام بأدلة كانت قد أخفتها؛ وأن يتكافأ -بوجه عام- مركزه معها. فلا يحـــوز حقوقـــاً -وعلى الأقل من الناحية القانونية- غير تلك التى تملكها. بل يتكافأن فى أسلحتهما، وإن لم يكن هـــذا التكافؤ واقعيا.

ذلك أن الموارد الهائلة التى تحوزها سلطة الاتهام، والتى تدبر من خلالها أدلتـــها وشـــهودها، والحماية القانونية التى توفرها لهم من مخاطر العدوان عليهم بعد الشهادة التى يقدمونـــها، يســـتحيل عملاً أن يتوافر للمتهم ما يقابلها، إلا إذا كان فاحش الثراء(١).

المطلب الثانى
أصل البراءة

الفرع الأول
افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامى

١٦٣- افتراض براءة الشخص من التهمة الموجهة إليه، لا يعدو أن يكون استصحابا للفطـــرة التى جبل الإنسان عليها، وشرطا لازما للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. وهـــو كذلـــك وثيـــق الصلة بالحق فى الحياة، وبدعائم العدل التى تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها.

وهذه البراءة -وباعتبارها جزءا من خصائص النظـــام الاتـــهامى Accusatorial system- لا يجوز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام ولو كان جديـــا؛ ولا نقضها سواء بإعفاء النيابة من التزامها بالتدليل على صحة اتهامها، أو عن طريق تدخلـــها للتـــأثير دون حق فى مسار الدعوى الجنائية. ومن ثم كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم؛ مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية.

---

(١) راجع فى ضوابط المحاكمة المنصفة وعدم جواز افتراض المسئولية الجنائية، أحكام المحكمة الدستورية العليا فـــى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلستها المعقودة فى ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٤١ مـــن الجزء الثامن وما بعدها؛ وفى القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١٩٩٦/١١/١٦- قـــاعدة رقـــم ٩ -ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١ فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقـــم ١٩ -ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية - جلسة ٥ يوليـــو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧ -ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفى القضيـــة رقـــم ٢٨ لســـنة ١٧ قضائيـــة -جلســـة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفى القضية رقم ٢٥ لســـنة ١٦ قضائيـــة -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ -ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع؛ وفى القضية رقـــم ٣٤ لســـنة ١٦ قضائية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

١٦٤- وصار من البدهى أن كل إخلال بأصل البراءة يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error ونكولا عن المفاهيم المبدئية An Axiomatic precept مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها(١).

ولأن أصل البراءة لا يتزحزح إلى أن يُنقض من خلال حكم قضائى صار باتا بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -بكل مكوناتها- كان نقيا متكاملاً؛ فإن هذا الأصل يظل قائماً فى مرحلة ما قبل المحاكمة، وأثناء نظرها، وفيما بعد الحكم الصادر فيها إذا كان الطعن فيه جائزاً. وهو بذلك حالة واقعية لا يسقطها إلا حكم قضائى صار مستعصياً على الجدل.

وكلما أهدر المشرع -من خلال قرينة قانونية أحدثها- افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، كان ذلك إخلالا بوسائل دفعها، وإهداراً لتوازن بين الحقوق التى يملكها لدحضها، وتلك التى تحوزها سلطة الاتهام لإثباتها؛ وإحلالا لإرادة السلطة التشريعية محل إرادة السلطة القضائية، لتنحيها عن وظائفها الأصلية فى تحقيق الدعوى الجنائية، وتقدير أدلتها فى شأن جريمة يدعى إرتكابها، ولا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التى تطلبها المشرع فيهما(٢).

ذلك إن القرائن القانونية جميعها تعتبر من عمل المشرع، وهو يفرضها فى مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل بدونها أركان الجريمة المدعى ارتكابها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهم إلا نفيها(٣).

* ويبدو افتراض البراءة -وهو ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التى تسبقها وتؤثر فيها- أكثر ضرورة فى مجال حقوق الدفاع، خاصة وأن الوسائل التى تملكها النيابة العامة فى مجال إثباتها للجريمة، تدعمها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا افتراض براءته، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرئا من كل شبهة لها أساسها Dans la doute,on acquitte.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٥،٤/٧٢ -ص١٠٤٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق -ص١٠٤٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٨،٧/٧٢- ص ١٠٤٥-١٠٤٦ من الجزء الثامن. أنظر كذلك القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ق "دستورية" جلسة ١٩٩٨/١/٣ -قاعدة رقم ٣/٧٢ ص ١٠٤٤ من الجزء الثامن.

الفرع الثاني
تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة

١٦٥- ولا يجوز أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتها، ولا حائلة دون التدليل بكل الطريق على الإخلال بها.

بل يكون لكل متهم -ونزولاً على هذا الأصل- أن يعتصم بصمته ابتداء إلى أن تقدم النيابة العامة الدليل على اتهامها؛ وأن يفيد انتهاء مما يعتبر شكا معقولا Doute raisonable يتصل بالتهمة من جهة ثبوتها(١).

ولأن أصل البراءة قاعدة أولية توجبها الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ليوفر بها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل؛ فقد صار مفهوما أن يلازم هذا الأصل كل شخص -ليس فقط عند مولده- بل كذلك في كل أطوار حياته -يافعاً وكهلاً حتى نهايتها- ليهيمن هذا الأصل على أعمال الاستدلال والتحقيق جميعها، وعلى الخصومة الجنائية ذاتها في كافة مراحلها، وإلى يصدر في موضوعها حكم قضائي يكون باتا.

وصار مقرراً، بالتالي أن الاتهام بالجريمة ليس قرين ثبوتها، ولا يقوم مقام التدليل عليها ولو كان الاتهام متساند الدعائم(٢).

الفرع الثالث
أحوال لا يجوز أن ينتفي فيها أصل البراءة

١٦٦- ومما ينفي أصل البراءة دون حق:

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" القاعدة رقم ٣/٧٢ -جلسة ٣يناير ١٩٨٨- ص١٠٤٥-١٠٤٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨ -ص ٧٤٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٤/١٥ -ص ٢٧١ -٢٧٢ من الجزء السابع؛ القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ق "دستورية" -جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣/٨-٤ -ص ١٢٧-١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

أولاً: أن يقيد المشرع الحرية الشخصية بتدابير لها خصائص العقوبة، دون أن تقابلها أفعال أثمها بعد تعيينها بصورة دقيقة(١).

ثانياً: أن يقيد المشرع إدارة أشخاص لأموال يملكونها أو يمنعهم من التعامل فيها متساندا في ذلك إلى قيام دلائل كافية من التحقيق، على تورطهم في إحدى الجرائم التي عينها(٢). ذلك إن هذه الدلائل ليس لها قوة اليقين القضائي. وليس كافيا لنقض أصل براءتهم، أن يكون اتهامهم بإحدى الجرائم التي عنيها المشرع، أو الحكم عليهم مظنونا رجحانه وحتى بعد اتهامهم، فإن أصل البراءة يجمعهم مع كل شخص أخر، متهما أو غير متهم، فلا يكون التمييز بينهم -وأصل البراءة يحيط بهم- إلا منافيا حكم العقل Unreasonable، ظاهر التحكمPalpably arbitrary، ومخالفا كذلك لحكم المادة ٤٠ من الدستور(٣).

ثالثاً: تقرير تدابير استثنائية في شأن الأشخاص الذين اتهموا جديا أكثر من مرة في جناية حددها المشرع أو اللذين حكم عليهم من قبل أكثر من مرة بارتكابها.

---

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٤/٢/١٢- قاعدة رقم ١٧ -ص ١٦٩ من الجزء السادس.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أو من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للنائب العام إذا قامت من التحقيق دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضمانا لتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجني عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وتنص فقرتها الثانية على أنه يجوز للنائب العام أن يأمر بتلك الإجراءات بالنسبة لأموال زوج المتهم وأولاده القصر ضمانا لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجني عليها، ما لم يثبت أن هذه الأموال إنما آلت إليهم من غير مال المتهم.

وتنص فقرتها الثالثة على أنه يجب على النائب العام عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يعين لإدارة الأموال وكيلا.

وقد قضى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكررا أ من قانون الإجراءات الجنائية، وبسقوط فقرتها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكررا ب من هذا القانون، وذلك في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦، قاعدة رقم ٨ ص ١٣٦ و١٣٧ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ق "دستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٨/٥ - ص ١٢٨ من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

ذلك أن التدابير -التى يندرج تحتها إعادتهم إلى موطنهم الأصلى أو منعهم من التردد على أماكن بذواتها أو تحديد إقامتهم فى جهة بعينها أو حرمانهم من مباشرة مهنة أو حرفة، أو إيداعهم فى مؤسسة للعمل يحددها وزير الداخلية، يعبيها إن مصائر الناس لا يجوز أن ترتبط بغير أفعالهم التى يسألون عن حسنها وقبحها(١).

ولا يزيد الاتهام -ولو كان جديا ومتتاليا- عن مجرد شبهة. ولا يدل كذلك على خطورة إجرامية. ولا يجوز كذلك أن يفترضها؛ ولا أن يحيل الأشخاص غير المدانين بالجريمة، إلى مذنبين.

فضلاً عن أن الأفعال وحدها هى مناط التأثيم. وهى التى تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتكون عقيدتها بناء على ثبوتها أو انتفائها. ولا كذلك الخطورة الإجرامية التى لا تبلور سلوكا محددا أتاه جان، ولا تخالطها إرادة واعية يُعبر بها عن قصد بلوغ نتيجة إجرامية بذاتها(٢).

ومؤدى التدابير الاستثنائية التى يفرضها المشرع فى شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة فى جناية نص عليها، أن جرائمهم السابقة التى استوفوا القصاص عنها، ترشح لارتكابهم مستقبلا جريمة جديدة غير معينةً.

وهى بعد جريمة محتملة قلبها المشرع إلى مفترضة قصد توقيها بالتدابير التى نص عليها، فلا يكون إتيان هذه الجريمة غير مجرد أثر لحالة إجرامية افترضها المشرع فيهم، ونسبها إليهم، وأقام بها علاقة حتمية بين جرائم سابقة تورطوا فيها، وبين ترديهم فى حمأتها من جديد، ليتصل ماضيهم بحاضرهم، وحاضرهم بمستقبلهم، وكأن الذين حكم عليهم من قبل فى جناية حددها المشرع، منصرفون دوما إلى الجريمة يبغونها عوجا، فلا يرتدون عنها. وهو افتراض لا يجوز وفقا

---

(١) تنص الفقرة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٦، على أن <<تحكم المحكمة الجزئية المختصة باتخاذ أحد التدابير الآتية على من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة فى إحدى الجنايات المنصوص عليها فى هذا القانون: (١) الإيداع فى إحدى مؤسسات العمل التى تحدد بقرار من وزير الداخلية (٢) تحديد الإقامة فى جهة معينة (٣) منع الإقامة فى جهة معينة (٤) الإعادة إلى الموطن الأصلى (٥) حظر التردد على أماكن أو محال معينة (٦) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة التدبير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد على عشر سنوات. وفى حالة مخالفة المحكوم عليه التدبير المحكوم به، يحكم على المخالف بالحبس.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦- قاعدة رقم ١٦/٤٨، ١٧، ١٨ -ص ٧٤٦-٧٤٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

للدستور(١) خاصة بعد أن اكتمل القصاص فى شأن الجرائم السابقة جميعها، ودونما جريمة جديدة يدعى ارتكابها(٢).

الفرع الرابع
الطبيعة القانونية لأصل البراءة

١٦٧- ليس افتراض البراءة بقرينة قانونية، ولا هو من صورها. ذلك أن القرينة القانونية هى التى يقيمها المشرع مقدما ويعممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملاً.

وهى فى حقيقتها إثبات غير مباشر يتحول به الدليل من الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها، وبديلة عنها، بالنظر إلى ما بين هاتين الواقعتين من رابطة منطقية، تجعل ثانيتهما مفضية إلى أولاهما.

وهذه الواقعة البديلة هى التى يعتبر ثبوتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون.

ولا كذلك البراءة التى افترضها الدستور. فليس ثمة واقعة أبدلها الدستور بغيرها. وإنما يقوم افتراض البراءة على أصل يلازم الإنسان منذ خلقه، مؤداه تطهره من كل خطيئة- وهو أصل يصاحبه حتى مماته، فلا ينفك ما برح حيا(٣).

Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption, It does not rest on any other proved facts, it is assumed.

والأصل أن ترتبط القرائن القانونية بالمسائل المدنية، فإن تعدتها إلى غيرها، صار أمر دستوريتها محددا على ضوء مساسها بالحرية الشخصية، وإخلالها بمقوماتها. ولا يجوز بالتالى أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية فى مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى حد إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن واقعها. ولا تربطها بالتالى علاقة منطقية بالنتائج التى رتبتها عليها، لتحول بها

---

(١) الحكم السابق ص ٧٤٩ - ٧٥٠ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق -ص ٧٤٦ - ٧٤٨ من الجزء السابع.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٥/١٥ص ٢٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

دون مباشرة السلطة القضائية لولايتها فى مجال تحقيق الدعوى الجنائية التـــى اختصـــها الدســتور بالفصل فيها(١).

المطلب الثالث
ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي

١٦٨- لا يجوز الفصل فى اتهام جنائى بما يخل بالحد الأدنى من الحقوق التى يتعين ضمانـــها لكل متهم، والتى يندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة جوهرية ترد عن المتهم كل اتهام لا يقوم علـــى ساق من خلال شبهة لا يتوافر بها الحق فيه. فلا ينال الاتهام -ولو كان جديا- من أصل البراءة. ولا ينهدم كذلك بناء على جريمة لم يقم الدليل عليها، أيا كان قدر خطورتها؛ أو سوء تقبل الناس لـــها؛ أو منافاتها لقيم درجوا على التزامها. وإنما يظل الاتهام قلقا إلى أن يفصل فيه بحكـــم قضـــائى يصـــير باتا(٢).

ولأن أصل البراءة مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليـــل، وألا يفـــترض المشرع أحد أركانها؛ وكان افتراض البراءة وصون الحرية الشخصية أصلان كفلهما الدستور بنـــص المادتين ٤١ و ٦٧، فقد صار لازما ألا تنتحل السلطة التشـــريعية الاختصـــاص المقـــرر للســـلطة القضائية فى مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التى حددها المشرع، بما فى ذلك توافر القصـــد الجنائى فى كل جريمة عمدية تقتضى علما من الجانى بعناصرها، وتقديره لمخاطرها علـــى ضـــوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، لتكون نتيجتها هى التى قصد إلى إحداثها(٣).

وصار بدهيا ألا يواجه المتهم بواقعة أثبتتها فى حقه قرينة قانونية تحكمية؛ ولا أن ينفى تهمة لم تثبتها سلطة الاتهام. فإذا أثبتتها تعين أن يوفر له القاضى ضمانة الدفاع التى تعتبر مفترضـــاً أوليـــاً لصون حقوق الأفراد وحرياتهم فى إطار من سيادة القانون(٤). وذلك سواء كان من يباشره أصيلاً أو

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧- قـــاعدة رقـــم ٤٩- ص٧٦٧و٧٦٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- قاعدة رقـــم ٩- ص ١٤٤ - ١٤٦ من الجزء الثامن.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقـــم ١٩، -ص ٢٩٤ من الجزء الثامن.

(٤) ص ٣٠٥ من الحكم السابق.

وكيلاً، وسواء كان المتهمون موسرين أو معوزين على ما تقضى به المادتان ٦٨ و٦٩ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حق اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، والحصول على وسائل الدفاع الملائمة التى ينتصفون بها لحقوقهم والتزاماتهم المدنية، أو التى يدفعون بها اتهاما تتهدد به حريتهم الشخصية، فلا يكون الحق فى الدفاع مندوباً، بل مطلوباً ع لى وجه الجزم، وبشرط أن يكون الدفاع فعالا.

وهو لا يكون كذلك -فى نطاق الدعوى الجنائية- إلا إذا أحاط بها من كل جوانبها، ولم ينحدر بمتطلباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التى يمليها التبصر، وتفرضها العناية الواجبة، حتى تظل ضمانة الدفاع واقعة فى إطار الأسس الجوهرية للحرية المنظمة، التى يتعين التسليم بها تغليبا لجوهر الحقوق التى تتفرع عنها، على أهدابها الشكلية، وصولاً إلى تحقيق أهدافها، فلا ينازع أحد فى ثبوتها أو يعمد إلى حجبها.

وتبدو ضمانة الدفاع هذه أكثر أهمية كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى غياب الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.

بل إنه مما يعزز هذه الضمانة ويمنحها قيمتها العملية، ألا يكون تطبيقها مقصورا على مرحلة الفصل فى الاتهام الجنائى، بل يتعداه إلى المراحل السابقة على توجيهه إلى المتهم، بما يكفل حق المتهمين فى ألا تسترقهم السلطة بضغوطها، وألا تغويهم بما يقربهم منها أو ترهبهم ببأسها بما يدينهم، وعلى الأخص بعد انتزاعهم من محيطهم وإثارة الفزع فى أعماقهم وتسلطها على إرادتهم، فلا يملكون غير الخضوع لها. ولا تكون محاكمتهم بعد ذلك غير خواء لا يرد عنهم ضررا(١).

وإذ كان نص المادة ٤١ من الدستور، قد خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، فذلك لضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها من محام وقع عليه اختياره، وهى مشورة توفر لكل شخص-سواء كان متهما أو مشتبها فيه- المعاونة الفعالة التى يزيل بها الشبهة العالقة به، ومواجهة أشكال القيود التى

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٨ -ص ٣٢٦ و ٣٢٧ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فرضتها السلطة على حريته الشخصية، والتى لا يجوز معها الفصل بين الشخص ومحاميه بما يسىء إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائى أو قبله(١).

وقد وازن الدستور -بنص المادة ٦٧- بين حق الفرد فى الحرية، وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية، وقدر أن المتهم بجناية كثيرا ما يكون مضطربا، فإذا أدين بارتكابها بعد أن أسلء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية التى تؤيده، كان ذلك منهيا -أحيانا- لآماله المشروعة فى الحياة، وحائلا دون انخراطه فى الجماعة التى يعايشها بعد أن حرم من الاتصال بمحاميه فى حرية، وبغير حضور أحد.

ومن ثم كفل الدستور لكل متهم فى جناية، الحق فى أن يعان على توقى شرورها عن طريق محام يوجه دفاعه الوجهة التى تكفل حقوقه القانونية، والتى يستطيع من خلالها أن يقارع النيابة العامة حججها، وأن يدحضها بما ينفيها(٢).

وغدا أصلا مقرراً أنه إذا كان حق الدفاع فى إطار النظام الاختصامى للعدالة الجنائية، يعنى حق المتهم فى سماع أقواله، فإن ضمانة الدفاع تغدو سرابا بغير اشتمالها على الحق فى الاستماع إليه عن طريق محاميه.

ذلك أن ما قد يبدو واضحا لرجال القانون، كثيرا ما يكون منبهما على آحاد الناس أيا كان حظهم من الثقافة، خاصة إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام التى تتداخل عناصرها أو تخفى جوانبها القانونية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالأدلة التى يجوز قبولها قانونا وقدر الترابط والتضامم بين الوقائع التى يستنهضها المتهم، وحقيقة النقاط القانونية التى يقوض بها الاتهام، فلا يدان بناء على سوء حججه ولا على ضوء أدلة قدمتها النيابة وكان يتعين قمعها. Supression of evidence بالنظر إلى بطلانها، ولا وفق أدلة متهافتة حتى مع جواز تقديمها قانوناً.

وليس أدل على أهمية ضمانة الدفاع من أن إنكارها أو تقييدها بما يخرجها على الأغراض المقصودة منها، يسقط فى الأعم الضمانة التى كفلها الدستور لكل شخص فى مجال الالتجاء إلى

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"- جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧- ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) الحكم السابق ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

قاضيه الطبيعى، ويعرض حقه فى الحياة لمخاطر عميقة، وهو ما يعتبر هدما للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها(١).

ولا يجوز بالتالى الفصل فى الاتهام الجنائى بعيداً عن قيم الحق والعدل الغائرة جذورها فى تلك القواعد المبدئية التى ارتضتها الأمم المتحضرة سلوكا حتى فى أسوأ الجرائم وقعا على الضمير العام، وأعمقها انحرافا The most heniuus crimes.

وهو ما يعنى أن الحرية الشخصية لا يجوز التضحية بها فى غير ضـــرورة؛ وأن الموازيـــن الدقيقة التى يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام مع حقوق متهميها، لا يجوز الإخلال بها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان حق المتهم فى أن يكون مدركا للتهمة الموجهة إليـــه، واعيـــا بأبعادهـــا متفـــهما عناصرها، بصيرا بأدلتها، وأن يدفعها بكل الوسائل القانونية التى يملكها، وأن يعان على مواجهتـــها ودحضها بمحام لا ينزلق بتقصيره إلى أخطاء كان عليه أن يتجنبها، ولا يختار من بدائل الدفاع غـــير أسوئها لمركز المتهم. بل يولى دعواه نظرا متوثباً، وهمة كافية لا يكون معها متراخيا، بـــل مثـــابرا على متابعة كل ما يطرح فى الدعوى الجنائية مما يؤثر بصورة إيجابية فى مركز المتهم بالنسبة إلـــى الاتهام، خاصة كلما كان الحكم بإدانته أكثر احتمالا؛ أو كانت النتائج المحتملة للحكم، خطـــيرة فـــى آثارها القانونية والعملية، بما يحتم أن يكون محاميه أنفذ بصراً وأعرض جهدا، حتى لا يدان المتـــهم لغير جريرة، أو على ضوء قرائن تفتقر إلى رباط منطقى يجمعها، فلا تتضامم مع بعضها، بل تتفرق عناصرها(٢).

---

(١) الحكم السابق ص ٣٤٩ - ٣٥٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -القاعدة رقـــم ٤٨ - ص ٧٣٥- ٧٣٦ من الجزء الثامن. هذا وقد قضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن احترام حقوق الدفاع Le respect des droits de la defence من المبادئ الأساسية التى أقرتها قوانين الجمهورية [C.C. 80 - 127. D.C., 19 Janvier 1981, R.p.15] -كذلك قرر هذا المجلس أن حقوق الدفاع تفيد ضمنا -وعلى الأخص فى المجـــال الجنائى - وجود إجراءات منضبطة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الأطراف.

Il implique, notamment en matiere pénale, l'existence d'une procedure juste et equitalble grantissant l'équilibre des droits des parties [C.C. 89 - 260 D.C., 28 Juillet 1989, R.71.]

ويلاحظ أن هذه الصياغة لمضمون حقوق الدفاع مستمدة من المادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان، ومن قضاء محكمة ستراسبورج التى تقوم على تطبيق هذه الاتفاقية. وهو ما يعنى أن المجلس الدســـتورى الفرنســـى أدخل فى المفاهيم الفرنسية، المفاهيم الانجلو سكسونية الخاصة بشرط الوسائل القانونية السلمية The Due process of law.

ومحكمة الموضوع وحدها هى التى تجيل بصرها فى الاتهام المطروح عليها، وتستخلص من كل واقعة تتصل به دلالتها، على أن يكون فهمها لها مستقيما؛ ونظرها فيها دالا على إحاطتها بالتهمة عن بصر وبصيرة؛ وإدراكها لأبعادها مرتقيا إلى قوة اليقين القضائى التى تبلغ مستوياتها فى الإقناع حداً تزول به كل شبهة لها أساسها فى شأن اتصال يد المتهم بالجريمة التى قام الاتهام عليها. وليس لجهة أيا كان وزنها أن تفرض عليها فهمها لدليل بعينه؛ ولا أن تعفيها من النظر فى أية واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها؛ ولا أن تفترض ثبوتها بقرنية قانونية تصوغها بطريقة تحكمية، لتحكم الجريمة المدعى بارتكابها.

١٦٩- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن لكل جريمة ينشئها المشرع أركانها التى يتعين أن تثبتها سلطة الاتهام فى كل أجزائها(١)، ودون إخلال بحق المتهم فى الاتصال بمحاميه(٢).

ثانياً: إن افتراض الخطأ، وإن جاز فى المسئولية المدنية بالقدر وفى الحدود التى يبينها المشرع، إلا أن المسئولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها ويثبتها(٣).

ثالثاً: أن النظم الجنائية الإجرائية، وإن كان هدفها تنفيذ سياسة جنائية بذاتها، إلا أن وسائل تحقيقها لا يجوز أن يخالطها التحكم، ولا أن تتطرق إليها عوامل التمييز بين الخاضعين لهذه النظم، بما يناقض قاعدة تساويهم أمام القضاء Le principe d'égalite devant la justice، ومؤداها أن تكون للحقوق عينها قواعد موحدة فى مجال طلبها والدفاع عنها واقتضائها(٤)، وأن يكون لكل من المتهم

---

(١) ص ٧٥٣- ٧٥٦ من الحكم السابق.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء المجلس الدستورى الفرنسى

[C.C. 86 - 214 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.128].

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٤٩- ص ٧٥٥ من الجزء الثامن.

(٤) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٥ – ص ١٠٨٧ من الجزء الثامن.

وسلطة الاتهام، الأسلحة ذاتها التى يتكافأ بها مركزيهما فى مجال دحض التهمة وإثباتها، وبما يحول دون افتراض ركن فى الجريمة يعتبر لازما لوقوعها فى الصورة التى أفرغها المشرع فيها(١).

رابعاً: لا يجوز تفسير النصوص الجزائية باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتهما، ولا تأويلها بوصفها منهية لضرورة أن يكون الدليل على الإخلال بها نقيا كاملا. بل يكون لكل متهم -وارتكانا إلى أصل البراءة- أن يظل صامتا ابتداء كى يفيد انتهاء مما يعتبر شكا معقولا يحيط بالتهمة من جهة ثبوتها(٢).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٧٢- ص ١٠٤٤ - ١٠٤٥ من الجزء الثامن.

(٢) ص ١٠٤٦ من الحكم السابق، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يونية ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ -ص ٦٥ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ٩٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونية ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ -ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع.

المبحث الرابع
الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي

المطلب الأول
الضريبة أهم روافد القانون المالي

١٧٠- تعتبر الضريبة أحد عناصر القانون المالى، وأهميتها فى تنمية موارد الدولة لا نزاع فيها، والمصلحة التى تحميها مالية فى طبيعتها، ويحيطها المشرع بقواعد تفصيلية غايتها ضمان تحصيلها ومجابهة التحايل عليها، ومحاولة التخلص منها، وذلك تأمينا لانتظام ودقة جبايتها والتقليل من تكلفة تحصيلها.

ويكفل الدستور إرساء بنيانها على قاعدة العدالة الاجتماعية، وإن تعين القول بأن السلطة التشريعية هى التى تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، لأنها تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها، متضمنا تحديد وعائها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملتزمين أصلا بأدائها والمسئولين عنها، وقواعد ربطها، وتحصيلها، وتوريدها، وكيفية أدائها، وضوابط تقادمها، والطعون التى يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل ببنيانها، فيما خلا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر فى الأحوال التى يبينها القانون([1]).

وهذه العناصر جميعها هى التى تشملها النظم الضريبية فى مصر، لتحيط بها فى إطار من قواعد القانون العام، وبمراعاة أن قانون الضريبة، وأن توخى أصلا حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على غلتها يعتبر هدفاً مقصوداً ابتداء من فرضها؛ إلا أن مصلحتها هذه ينبغى موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً مقيداً لقانون الضريبة ليكون نافيا لتحيفها، كافلا اعتدالها من خلال حيدتها. فلا يكون دين الضريبة مبلوراً شهوة الجباية بنهمها وانفلاتها؛ ولا عقابا من خلال جزاء يباعد بينها وبين الأغراض المالية المقصودة أصلا منها؛ ولا غلوا مجاوزاً الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا انحرافا عن حقيقة أهدافها([2]).

([1]) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢- قاعدة رقم ٥/٨ -ص ٨٢ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

([2]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

والالتزام بالضريبة ليس التزاماً تعاقدياً ناشئا عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين، بل مرد هذا الالتزام إلى نص القانون وحده، فهو مصدره المباشر. وتنظيمها مما يملكه ولى الأمر ويجد دليله الشرعى فى رعاية مصلحة الجماعة التى يمثلها.

ولا يعنى إقرار السلطة التشريعية لضريبة ما، أن الخاضعين لها قد أنابوها عنهم فى القبول بها، وأن علاقتهم فى مجالها هى علاقة تعاقدية أو شبه تعاقدية. ذلك أن إقرار السلطة التشريعية لتنظيم معين، إنما يتم فى إطار ممارستها لولايتها المستمدة مباشرة من الدستور، والتى لا يجوز لها النزول عنها. وتأتى الضريبة العامة فى موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ذاتها؛ ولما ينطوى عليه فرضها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة، ولضرورة تقتضيها. ولو كان حق الدولة فى استئداء الضريبة ناشئاً عن علاقة تعاقدية أو عن غيرها من الروابط المشبهة بها، لكان لها حق التخلى عنها وإسقاطها باتفاق لاحق. وهو ما يناقض حقيقة أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون ولا يجوز تبديل أحكامها أو التعديل فيها بالاتفاق على خلافها، ولا أن يتقرر الإعفاء منها إلا وفق أحكامه على ما تقضى به المادة ١١٩ من الدستور(١).

وكلما ألغى المشرع إعفاء ضريبياً بأثر مباشر، ولمصلحة عامة لها وجها، كان هذا الإلغاء موافقاً للدستور(٢).

المطلب الثانى
طبيعة القوانين الضريبية

١٧١- ولا تعتبر القوانين الضريبية بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جنائية على المخالفين لها؛ ولا هى تعدل من الآثار التى رتبتها العقود فيما بين أطرافها، ولكنها وسيلة تلجأ إليها الدولة لتحقق من خلالها تناسبا بين التكلفة الكلية لنفقتها، وبين ما ينبغى أن يؤديه إليها هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، وحق عليهم بالتالى أن يتحملوا جانباً من أعبائها(٣).

---

(١) القضية رقم ٣٥ لسنه ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٢/١١/٧ - قاعدة رقم ٨ - ص ٨٢ و٨٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٨٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١١/١٢ - ص ١٣٧ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

كذلك فإن قيام الضريبة بدور يخرجها من مجال وظائفها بما يفقدها مقوماتـــها، مـؤداه أن تصير عدماً.

المطلب الثالث
قانون الضريبة

١٧٢- تفترض الضريبة أن يحدد المشرع عناصر بنيانها، بما فى ذاك الأمـوال المحملـة بعبئها؛ ووسائل اقتضائها من المكلفين بها؛ وحقيقة الأغراض التى توختها.

ذلك أن سلطة فرض الضريبة غير مطلقة، وترتبط القواعد التى تنظمها -فى مجال الفصل فى دستوريتها- بضمانها للعدالة الاجتماعية كإطار لها. كذلك فـإن الأغـراض المتوخـاة مـن الضريبة، قد تسوغها أو تبطلها.

ولا نزاع فى أهمية الضريبة لتنمية موارد الدولة، وضرورتها بالتالى لمجابهة نفقاتها. ومن ثم يحيطها المشرع بكثير من القواعد التى تتوخى ضمان تحصيلها، وتحول دون التحايل عليها.

والضريبة في صحيح تكييفها فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بها وفـق القواعـد التي يقررها المشرع في شأنها؛ ودون أن يكون لهؤلاء خيار في الوفاء بها أو النكول عنها. وإنما يؤدونها إليها جبرا ويسهمون بها -حملا- في نصيبهم من الأعباء العامة، ولو لم يكن ثمة مقـابل يعود عليهم مباشرة من جراء فرضها.

وتدخل القواعد التي تنظمها تدخل في نطاق القانون العـام؛ ولا تتكافـأ بشـأنها مصـالح أطرافها؛ ولا يجوز الاتفاق على خلافها. وإن تعين دوما ألا تكون الضريبة منفلتة في ضوابطـها عن الحدود التي رسمها الدستور لها. فلا تكون عقابا من خلال وطأتها، أو عن طريـق تدمـير وعائها، أو بفرضها على رءوس الأموال بما يؤول إلى تآكلها([1]).

ويظل التزاما دستوريا أن تفرض الضريبة بقدر، وفي حدود لا تصادر فرص رأس المـال فى النمو، وبشرط ألا ترهق بأعبائها المكلفين بها، فتصدهم عن مباشرة نشـاطهم المشـروع، أو

([1]) فالضريبة على رأس المال ينظر إليها بحذر كبير لأنها قد تؤدي من خلال اسـتمرار فرضـها وضخامـة عبئها، إلى تآكل رأس المال

تبهظ هذا النشاط بقيود لا مبرر لها. ومن ثم تتحدد موازين الضريبة التي يقتضيها الدستور، على ضوء ضرورتها، وحيدة مضمونها؛ وعدالتها من منظور اجتماعي يقابل بين عبئها وقدرة الملتزمين أصلا بها على تحملها. ويتعين دوماً أن توافق أهدافها القيم التى يحتضنها الدستور، والتى يندرج تحتها حظر التمييز غير المبرر فى مجال تطبيقها بين المواطنين الذين تصيبهم أحكامها، وضمان حريتهم الاقتصادية في إطار قيود منطقية، ونصيبهم العادل فى فرص العمل والادخار والناتج القومى، وفى ضمان معدل معقول للتنمية، وفى عدالة توزيع الدخل والأعباء العامة أيا كان مصدر تكاليفها.

وليس للسلطة التشريعية أن تتخذ من الضريبة مدخلاً للتمييز بين القطاعين العام والخاص لتحقق أهدافاً لا يأذن الدستور بها، كإعفائها القطاع العام من ضريبة تفرضها على القطاع الخاص فى مجال للنشاط يتحدان فيه، بما يخل بتنافسهما من خلال الميزة التفضيلية التى تمنحها للقطاع العام وتحجبها عن القطاع الخاص بغير مبرر.

كذلك فإن حصول الخزانة العامة على الإيراد الناجم عن الضريبة وإن كان يبلور أهدافها الأصلية المقصودة ابتداء منها، إلا أن الآثار العرضية للضريبة لا تقوم مقام الأغراض المقصودة منها أصلا. ولكنها تعمل إلى جانبها؛ وشرط جوازها أن تقتضيها ضرورة تنظيم نشاط معين بقصد، إنهائه أو إرهاق مباشرته([1]).

فالضريبة التي يفرضها المشرع على أعمال الرهان، أو على الاتجار بالخمور، أو على الإيراد المتحقق من الدعارة المرخص بها، أو على صور من الإنفاق الباذخ، كالضريبة التي يفرضها المشرع على الأموال التي يصبها بعض المواطنين في حفلاتهم الخاصة التي يقيمونها في الفنادق تباهيا بثرواتهم، وتفاخرا بنفوذهم، لا تتوخى غير سحق هذا النشاط، أو التقليل من فرص الانغماس فيه.

وتظل للضريبة خصائصها التي يفترضها الدستور، ولو خالطتها آثار جانبية تبلور الأغراض التنظيمية للضريبة. وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، المقاصد الأصلية المبتغاة منها،

([1]) Sonzinksy v. United states, 300 U.S. 506 (1937).

فلو فرض المشرع ضريبة تلتهم ٩٥% من دخل الفاسقات عن دعارتهن المرخص بها، لكان ذلك منهيا لنشاطهن، وكذلك نشاط المحال التي تأويهن، والقوادين الذين يوفرون الحماية لهم.

والتي تتمثل في اقتضاء الدولة لإيرادها لتمويل مشروعاتها، وتسيير مرافقها، فلا يكون الحصول على غلتها عندئذ إلا غرضا جانبيا ليس مقصودا أصلا بها.

ولا يجوز بالتالي أن تكون الضريبة -وسواء تعلق الأمر بمقاصدها الأصلية، أو بأغراضها الجانبية- واقعة في غير الدائرة المنطقية التي يجوز أن تعمل فيها. وهى دائرة يحدد الدستور تخومها سواء فى مجال اختيار المال بالضريبة، أو تحديد معدلها، أو نطاق الأشخاص المخاطبين بها، أو طرق تحصيلها وغير ذلك من القواعد التى تتصل ببنيانها و شروط اقتضائها.

الفرع الأول

التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية

١٧٣- وقد مايز الدستور -وعلى ما تنص عليه المادة ١١٩ منه- بين الضريبة العامة من جهة؛ وغيرها من صور الأعباء المالية من جهة أخرى. ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون.

والسلطة التشريعية وحدها هي التي تقبض بيدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائها، والملتزمين أصلا بأدائها، والمسئولين عن توريدها. وهي تحدد كذلك مبلغها، وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها، وضوابط تقادمها والطعون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون. ولئن كانت الضريبة العامة تتفق فى خضوعها للدستور مع غيرها من الأعباء المنصوص عليها في المادة ٣/١١٩ من الدستور(١)؛ إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة، هي إقليم الدولة في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتى تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

---

(١) تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٩ من الدستور على ما يأتي:

إنشاء القوانين العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

وتقضي فقرتها الثالثة بالآتي: "لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

١٧٤- وهذه الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون، هي التي قدر الدستور أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التى ترتبها في العلائق القانونية على اختلافها، وعلى الأخص ما تعلق منها بمعدل التنمية وضمان وسائل تحقيقها؛ وتدفق فرص الاستثمار أو تقلصها أو تراجعها؛ واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة؛ وإمكان إيجاد فرص جديدة للعمل أو الحد منها؛ واطمئنان رأس المال الخاص لمعقولية الأعباء التي يجوز أن يتحمل بها، أو إرهاقها لوجوده، أو إنهاؤها لدوره؛ وتقلص الأموال التي يصبها أصحابها في السوق أو انكماش حركتها؛ ووفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومرافقها، أو ندرتها؛ وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توازنها؛ واتصال التجارة بأسبابها أو انقطاع جريانها؛ وضمور قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها؛ إلى غير ذلك مما يتصل بعوامل الإنتاج وثراء الأسواق وانفتاحها بأقل القيود عليها.

١٧٥- ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة الإقليمية للدولة؛ فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي يبنها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها. ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شؤون هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزيئاتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دورا في تنظيمها قد يكون ثانويا في أبعاده، إذا انحصر نطاق التفويض الصادر لها في حدود ضيقة.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في تحديد بنيان الضريبة المحلية خطيرا إذا فوضها القانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية تنصلا منها عن واجباتها في ضبط الأهم من شئونها. ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمس المصالح العريضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة أفدح عبئا من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتعلقها بالواقعة التي أنشأتها أيا كان مكان تحققها؛ إلا أن الضريبة المحلية تظل في دائرة تطبيقها، عبئا ماليا على المكلفين بها لا يجوز التقليل من آثاره.

الفرع الثاني

خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية

١٧٦- وسواء تعلق الأمر بالضريبة العامة أو بالضريبة المحلية، فإن قيدا دستوريا هاما يحيط بها، هو أن يكون قدر إسهام المواطنين في التحمل بعبئها متوازنا، ومنصفا. فلا يشق فرضها على بعضهم بما يجاوز مقدرتهم على إيفائها، أو بما يتمحض عن مصادرة للأموال محلها، أو يقيم تمييزا غير مبرر في مجال الخضوع لها.

وهذا القيد -وعملا بنص المادة ٣٨ من الدستور- هو قيد العدالة الاجتماعية كأساس لتنظيم الضريبة على تباين صورها، سواء تعلق الأمر بتحديد وعائها أو بمعدلها؛ أو بضوابط أدائها؛ أو بالجزاء على مخالفة أحكامها.

ولا يجوز القول بالتالي بأن غلو الضريبة؛ أو افتقارها إلى الضوابط الكافية لتحديدها؛ أو إلى الصلة المنطقية بين الأموال محلها والملتزمين بأدائها؛ أو إلى ضرورة تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافيا لتحيفها؛ من المسائل التي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقحم نفسها فيها، إذ هو من صميم رسالتها.

ذلك أن الدستور وإن نص في المادة ٦١ على أن يكون الوفاء بالضريبة واجبا وطنيا، إلا أن شرط التقيد بالضريبة والنزول على حكمها، هو أن يكون فرضها واقعا في الحدود التي يتطلبها الدستور، سواء تعلق الأمر بالأوضاع الشكلية للضريبة -كإفراغ الضريبة العامة في قانون- أم بضوابطها الموضوعية التي تتصدرها العدالة الاجتماعية التي ينافيها التحكم.

فلا يستبد المشرع بسلطته التقديرية في مجال فرض الضريبة، وعلى الأخص من خلال تمييز غير مبرر بين المكلفين بالضريبة، أو عن طريق تنظيم يكون في مداه أدخل إلى المصادرة، سواء تعلق الأمر بالضريبة المباشرة أو غير المباشرة[1].

---

(1) تعتبر الضريبة على التركات في الدول التي تفرضها -وليس من بينها مصر بعد إلغاء العمل بها- ضريبة غير مباشرة، لأنها لا تتعلق بملكية الأموال، بل بواقعة انتقالها من المورث إلي ورثته.

١٧٧- وفي إطار العدالة الاجتماعية، ترتبط دستورية الضريبة بخصائص بنيانـــها، وبمـــا توخاه المشرع من خلال فرضها، كإضافتها إلى موارد الدولة كي تستعين بـــها علـــى مواجهـــة نفقاتها، خاصة ما تعلق منها بإيفاء ديونها أو بالعمل على تحقيق الرخاء العام لمواطنيها.

فإذا لم يكن فرض الضريبة لصالحهم، بل كان تفضيلا لفريق منهم على آخر إرهاقا لنشـــاط بعضهم المشروع دون مسوغ، فإنها تكون مخالفة للدستور. وتظل الضريبـــة مصـــدراً للإيـــراد A revenue measure ولو خالطتها أغراض تنظيمية حققتها مـــن خـــلال معدلـــها([1]) The rate structure.

الفرع الثالث
حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكييفها

١٧٨- والضريبة فى صحيح تكييفها -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها إسهاما من جهتهم فى تكاليفها العامة. وهـم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها. فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبتها، وإلا كان ذلك خلطاً بينها وبين الرسم، إذ يُستَحق مقابلاً لنشاط خاص أتاه الشخص العام -وعوضا عن تكلفته- وإن لم يكـــن بمقدارها([2]).

وهذه الضريبة هى التى لا يتعلق سريانها بجزء من أقليم الدولة. ذلك أن نطـــاق تطبيقـــها يشمل إقليمها بكل مكوناته، ليتعادل الممولون جغرافيا فى مجال الخضوع لها، وإن تفاوتوا فيمـــا يعنيها، فلا يكون مبلغها واحدا لجميعهم ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هى ضريبـــة محليـــة

([1]) Mc Cray v.United States 195 U.S. 27 (1904).

فلو أن المشرع فرض ضريبة تحقق مورداً إضافياً للدولة، وكان لها كذلك -ومن خلال سعرها الأعلى- أثـــر على نشاط قائم بما يرهق مباشرته، فإن الضريبة حتى مع تحقق هذا الأثر الجانبى، تظل مصدراً للإيراد.

([2]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقـــم ٢٢ -ص ٤١٣-٤١٤ مـــن الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ينحصر نطاق سريانها ويتحدد المخاطبون بها فى دائرة بذاتها من إقليم الدولة. وفى نطاق هذه الدائرة وحدها، يتكافأ المخاطبون بها فى مجال الخضوع لها([1]).

الفرع الرابع
الضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية

١٧٩- الأصل أن يتوخى المشرع من خلال الضريبة التى يفرضها، غرضين:

أحدهما: يكون مقصودا من الضريبة أصلاً وابتداء Primary Motive ويتمثل فى حصول الدولة على غلتها لتصبها فى الخزانة العامة، بما يعينها على مواجهة نفقاتها.

وثانيهما: مقصوداً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة Incidential Motive بالنظر إلى تدخل المشرع بها ليس فقط لتحقيق أغراض الجباية المقصودة منها -أصلا- وإنما كذلك لحمل المكلفين بها -من خلال عبئها- إما على التخلى عن نشاطهم المؤثم جنائياً كالتجارة فى المواد المخدرة؛ أو إرهاق مباشرتهم لنشاط معين بالنظر إلى طبيعته الاستهلاكية أو الترفية أو منافاته للقيم الخلقية، كفرض ضريبة باهظة على الأفراح التى تقام فى الفنادق، أو على استيراد بعض السلع التى لا يطلبها غير الأثرياء كالكافيار؛ أو على أعمال الرهان والمقامرة.

١٨٠- وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، أهدافها المالية. وقد تكون حصيلة الضريبة هى الاعتبار الأهم فى مجال فرضها. وتظل الآثار العرضية للضريبة واقعة فى الحالتين فى نطاق وظيفتها التنظيمية. ولا تناقض بالتالى شرعيتها الدستورية.

وينبغى أن يقابل حق الدولة فى اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، ولإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، بحق الملتزمين أصلا بها، والمسئولين عنها، فى تحصيلها وفقاً لأسس موضوعية يكون إنصافها نافيا لتحيفها، كافلاً حيدتها واعتدالها([2]).

([1]) أنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٤/٢٣ -ص ٤٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، والقضية رقم ١٦ لسنة ١٢٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣- ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٢٢- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- ص ٤٠٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وقد يتوخى المشرع بالضريبة تحقيق مصلحة غير مالية، كتلك التى تتعلق بتأمين الصناعة الوطنية وضمان انتعاشها من خلال أسوار الحماية الجمركية التى يقيمها حولها بما يكفل تشجيعها وترويجها. وقد يجرم المشرع -ولحماية الصناعة الوطنية- كل إخلال بالنظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها([1]).

الفرع الخامس
الضريبة والاستثمار

١٨١- يرتبط معدل الاستثمار فى بلد معين، بالقواعد التى يحيط بها حوافزه ومزاياه وضماناتها، وقدر الأرباح التى يحققها، وإمكان تحويلها إلى الخارج.

وكلما كان من شأن القواعد التى فرضها المشرع على رءوس الأموال الوطنية والأجنبية، إخضاعها لأوضاع جديدة تلحق باستثمارها أضراراً وخيمة، كاعتصار أرباحها من خلال الضريبة؛ كان تدخل المشرع على هذا النحو حائلا دون تدفقها أو تراكمها، خاصة وأن المزايا التفضيلية التى وفرها المشرع لهذه الأموال من قبل، هى التى جذبتها ونقلتها إلى مصر من البلدان الأجنبية. فلا يجوز أن ينقض المشرع هذه المزايا، بعد أن ارتبط الاستثمار بوجودها؛ ولا أن يقابلها بأعباء يوازنها بها، خاصة كلما قام الدليل على جريان قوانين الاستثمار على تعاقبها، على ضمان هذه المزايا بالصورة التى هى عليها([2]).

فضلا عن أن المزايا التفضيلية التى كفلها المشرع لرءوس الأموال العربية والأجنبية، غايتها استثارة اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار فى مصر لضمان تدفقها إليها، ودون ما قيود قد ينوء بها نشاطها. فإذا كان من شأن تقليص هذه المزايا، تصفية هذا النشاط، فإن رءوس الأموال تلك لن تبقى فى مصر، بل يعاد تصديرها منها. وعلى الأخص كما كان من شأن الضريبة

([1]) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ٨/١٧ -ص ١٦١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. وأنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٣ -ص ٤٣٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٠ -ص ٥٩٧ من الجزء الثامن.

تقويض التنافس المشروع بين القطاعين العام والخاص فلا يقوم المشروع الخاص إلى جوار المشروع العام بما يحقق تكاملهما.

ولا يتكافأن فى فرص تسويق منتجاتهما. بل يحظى المشروع العام بفرص أكبر وبمزايا أعمق تزيد بها مخاطر الاستثمار الخاص، لينقلب متراجعا أو خاسراً([1]).

وإذ كان الأصل ألا تخرج الأعمال المباحة من دائرة التعامل، فإن فرض ضريبة لمنع المخاطبين بها من ولوج بعض الأعمال الجائزة أصلا، يحيلها إلى نشاط محظور بالمخالفة للدستور.

ولا يجوز بالتالى فرض ضريبة تتغيا إرهاق نشاط معين بغير مبرر، ولا مصادرة حرية الفرد فى اختيار الطريق الأفضل لاستثمار أمواله. ذلك أن الحرية الشخصية تفترض إرادة الاختيار، والتى تندرج حرية التعاقد تحتها بالضرورة([2]).

الفرع السادس

الملتزمون بالضريبة والمسئولون عنها

١٨٢- يعتبر ملتزماً أصلا بالضريبة من تتوافر بالنسبة إليه الواقعة التى أنشأتها، والتى يتمثل عنصراها فى المال المتخذ وعاء لها -وهو العنصر الموضوعى فى الضريبة- ثم فى وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين -وهو العنصر الشخصى فى الضريبة- ليكون اجتماع هذين العنصرين معاً، مُظْهِراً للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية.

ولا يكون الشخص مسئولاً عن الضريبة، إلا إذا كان وفاؤه بها تابعاً للالتزام الأصلى بأدائها، ليبقى بوجوده ويزول بانقضائه. وشرط ذلك أن تتوافر علاقة عضوية بين المسئول عن

([1]) القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠- قاعدة رقم ٦٥- ص ٥٤٩- ٥٥١ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١٠٥ من الجزء الثامن.

الضريبة من جهة، وبين المال المتخذ وعاء لها من جهة أخرى. فإذا انتفت هذه العلاقة، فليس ثمة مسئول عن الضريبة([1]).

ولا يجوز بالتالى أن ينتحل المشرع صلة يتوهمها، بين المسئولين عن الضريبة، والمال المحمل بعبئها، ولو كان إحداثه لهذه الصلة بقصد ضمان إيفاء الضريبة فى موعدها، وتيسير تحصيلها. وعلى الأخص كلما فرض المشرع الضريبة على قيم أوراق مالية لم تعد للجهة التى أصدرتها صلة بها، بعد نقلها ملكيتها إلى آخرين يتداولونها بأنفسهم، ويحصلون منها على نواتجها([2]).

الفرع السابع
أداؤها

١٨٣- الضريبة التى يكون أداؤها واجبا وفقا للقانون -وعلى ما تقضى به المادة ٦١ من الدستور- هى التى تتوافر لها قوالبها الشكلية، ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها، وتبرر بمضمونها فرضها على المخاطبين بها، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. وليس للمشرع أن ينقض الشرائط التى يتطلبها الدستور لاقتضاء الضريبة. فإن هو فعل، بأن طبقها قبل نشر القانون الخاص بها فى الجريدة الرسمية، أو أخل بموجباتها؛ كأن فرضها على المخاطبين بها تحميلاً لأموالهم -بغير حق- بعبئها، بما يرتد سلبا عليهم بقدر مبلغها، وينال من الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة([3]). كان اقتضاؤها مخالفا للدستور.

([1]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٢/٣- قاعدة رقم ٢٢ -ص ٤١٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١٠ من الجزء الثامن

([3]) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٢/١- قاعدة رقم ٨٦ -ص ١٢٠٠ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ؛ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ قاعدة رقم ١٣ -ص ٩٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع

كذلك لا يكون أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون إذا توافر مناط استحقاقها في مجموع من المواطنين، ولكن المشرع أعفى بعضهم من عبئها دون مسوغ([1]).

ويعتبر أصل الحق فى الضريبة المتنازع على شروط تطبيقها، أو على قدر مبلغها، مطروحا على المحكمة الدستورية العليا بقوة النصوص الدستورية ذاتها، لتقول كلمتها فى شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

فإذا بان لها أن الضريبة تفتقر إلى قوالبها الشكلية، أو لا تتوافر لها ضوابط محايدة تتقدمها العدالة الاجتماعية؛ فإن أداءها لا يكون واجبا وفقا للدستور.

الفرع الثامن

رجعيتها

١٨٤- من المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية؛ ولا هى تعدل من الآثار التى ترتبها العقود فيما بينها. ولكن الدولة تلجأ إليها باعتبارها من الوسائل التى تحقق من خلالها قدرا من التوازن بين أعبائها المالية التى تبلورها التكلفة الكلية لنفقاتها من جهة؛ وبين هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، فلا يكون إسهامهم فى هذه التكلفة بقدر طاقتهم. غير إيفاء لنصيبهم فيها.

وإذ كان المواطنون معاملين على قدم المساواة فى مجال أداء الضريبة المكلفين بدفعها، وليس لأحد حصانة تعفيه من أدائها إلا فى الأحوال التى بينها القانون، ووفق ضوابط موضوعية لا تقيم فى مجال تطبيقها تمييزا بين المخاطبين بها؛ فإن رجعية الضريبة لا تدل فى ذاتها على مخالفة حكمها للدستور، وهو ما قررته المادة ١٨٧ من الدستور التى تجيز الرجعية فى غير المواد الجنائية، بموافقة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية فى مجموعهم.

على أن رجعية الضريبة وإن اقتضتها أحيانا -وبالرغم من خطورة الآثار التى تحدثها فى محيط العلائق القانونية- مراجعة الدولة لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وبقصد توزيع أعبائها من جديد بما يكفل الموازين الدقيقة لعدالتها؛ إلا أن رجعية الضريبة

([1]) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٩- قاعدة رقم ١٩-ص ١٦٢-١٦٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

يناهضها أن يكون قانون الضريبة منعطفا بأثره الرجعى إلى صور من التعامل اكتمل تكوينها قبل صدوره؛ وكان المكلفون بأدائها قد تعذر عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فى حق أطرافها؛ وإنما باغتتهم بها السلطة التى فرضتها، بما يجعل اقتضاءها منهم منافيا لعدالتها الاجتماعية، وهى أساس نظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور([1]).

وإذ تتقيد السلطة التنفيذية دوما فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها -سواء فى ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها -فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التى يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيتها دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازما إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص([2]).

الفرع التاسع
مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها

١٨٥- إذ كان لكل ضريبة -سواء فى ذلك تلك التى يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أو التى تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية- بنيان يتناول عناصرها التى يندرج تحتها أسس تقدير وعائها، ومبلغها، والمكلفون أصلا بأدائها، والمسئولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بها؛ وكان إعمال النصوص القانونية التى تنظمها -يفترض نشرها لضمان علانيتها وذيوع أحكامها، واتصالها بالمخاطبين بها، وامتناع القول بجهلهم بها؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها- مؤداه الإخلال بحقوقهم التى كفلها

([1]) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٨٦ -ص ١٢٠٠ من الجزء الثامن

([2]) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ -ص ١١٩٩-١٢٠٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة

الدستور؛ فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التى لا تنشر لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونـــها؛ ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها وفقا للدستور.

ذلك أن تطبيقها فى شأن المخاطبين بها قبل اتصالها بعلمهم، مؤداه مداهمتهم بضريبة تفتقـر إلى قوالبها الشكلية، فلا يلتئم هذا التطبيق ومفهوم دولة القانون، وإنما تفقـــد الضريبـــة صفتـــها الإلزامية، فلا يكون لها من وجود([1]).

الفرع العاشر

التفويض فى فرضها

١٨٦- تمايز المادة ١١٩ من الدستور بين الضريبة العامة التـــى لا يجـوز فرضـــها ولا تعديلها ولا إلغاؤها إلا بقانون([2]) من جهة؛ وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية التى يجـوز فرضها فى حدود القانون من جهة أخرى.

وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية، هى التى عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، التى يتعين تكييفها بوصفها نص خاص فى مجال تطبيقها، يخول السلطة التشـــريعية أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى فى فرضها، ودون أن يتقيد المفـــوض فـــى ممارسته للسلطة التى فوض فيها بغير الشروط والأوضاع التى حددها قانون التفويض.

ومن ثم لا يتقيد التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، بالضوابط التى حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- فى مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة.

وإنما شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية المشار إليها، شأن التفويـــض المخـــول للســـلطة التنفيذية بنص المادة ٦٦ من الدستور، التى تخول المشرع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بأن تحـــدد

([1]) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/١/٣- قاعدة رقم ٧٣- ص ١٠٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

([2]) لا تعتبر ضريبة عامة، الضريبة التى يفرضها المشرع فى نطاق الدائرة الجغرافية للمنطقة الحرة ببورســـعيد، بل تعتبر من قبيل الأعباء المحلية التى عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، والتى يكفى لفرضـــها أن يكون فى حدود القانون.

بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، فكلاهما نص خاص أورده الدستور متضمنا تقييد العام، فلا يكون دائراً فى إطاره([1]).

الفرع الحادى عشر
أوجه إنفاقها

١٨٧- يحكم الضريبة العامة أمران لا ينفصلان عنها، بل تتحدد دستوريتها على ضوئهما معا: أولهما: أن الأموال التى تجبيها الدولة من ضرائبها ورسومها وغير ذلك من مكوسها، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعها والعمل على تطويره. ويقتضيها القيام على وظائفها هذه، أن توفر بنفسها -ومن خلال الضريبة وغيرها من الموارد- المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها.

فإذا عن لها إيقاع ضريبة على مال معين، كان عليها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية بوصفها أداة فرضها فى نطاق ولايتها التى حددها الدستور.

وربما كان تقرير الضريبة أو تعديل بنيانها، من أكثر مهامها خطراً واتصالاً بالجذور التاريخية التى تربط بين الطبيعة التمثيلية للمجالس النيابية، واختصاصها بفرض الضريبة -أيا كان نوعها- على مواطنيها No taxation without representation.

على أن اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة وغيرها من المكوس، لا يمنعها من أن تقرر بنفسها الضوابط التى تهيمن بها على كيفية إنفاق الأموال التى جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها، وغير ذلك من الموارد التى تصبها فى خزانتها العامة، لتفقد كل منها ذاتيتها -باندماجها مع بعضها-، فلا تكون جميعها إلا نهرا واحدا لإيراداتها الكلية Consolidated Funds.

([1]) النص العام هو نص المادة ١٠٨ من الدستور. وهو نص تقيده فى مجال الضريبة، الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور.

أنظر فى ذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ -ص ١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ومن خلال رقابة السلطة التشريعية على هذه الموارد فى جملتها، وربطها بمصارفها، تعمل هذه السلطة على تنفيذ سياستها المالية التى لا يجنح معها الاقتصاد نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها، وبوجه خاص فى نطاق العمالة، وضمان استقرار الأسعار، وتحقيق معدل معقول للتنمية، وكذلك ضمان حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة. وعلى السلطة التنفيذية أن تنزل على الضوابط التى فرضتها عليها السلطة التشريعية فى مجال الإنفاق العام. فلا تنقضها أو تعدلها بإرادتها المنفردة، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها أن تنفق أموالا غير مدرجة فى الميزانية، أو زائدة على تقديرها.

ثانيهما: أن الضريبة العامة -وبغض النظر عن جوانبها التنظيمية التى تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة- لا تزال مورداً مالياً. بل هى كذلك أصلا وابتداء.

ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التى تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية- سواء فى ذلك تلك التى يكون طابعها منتظماً أو طارئاً- فلا ينفصل حصولها على تلك الموارد عن توجيهها إلى مصارفها التى تكفل تحقيق أكبر منفعة جماعية لمواطنيها.

ومن ثم يكون ربط الموارد فى جملتها، بمصارفها تفصيلا، وإحكام الرقابة عليها، شرطا جوهريا والتزاماً دستورياً يكفل ضبط مالية الدولة، وإنفاق مواردها فى الأغراض التى رصدتها السلطة التشريعية عليها؛ ويصون توجيهها لتحقيق النفع العام لمواطنيها وفقاً للقانون. فلا تكون أغراض التمويل إلا قيدا على السلطة القائمة على تنفيذ قانون الميزانية، يقارنها ولا يفارقها؛ وحداً من الناحية الدستورية على ضوابط إنفاق المال العام.

ولا يعنى ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلى الجهة التى تراها، لتعينها بها على النهوض بمسئوليتها وتطوير نشاطها، بل يجوز ذلك بشرطين:

أولهما: أن تكون الأغراض التى تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها،وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين فى مجموعهم،أولها أثر هام على قطاع عريض من بينهم، مما يجعل دورها فى الشئون التى تعنيهم حيوياً.

ثانيهما: أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها. على أن يتم ذلك -لا عن طريق الضريبة التى تفرضها السلطة التشريعية ابتداء لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها- وإنما من

خلال رصد ما يكفيها بقانون الموازنة العامة، وفق القواعد التى نص عليها الدستور، وفى إطـــار الأسس الموضوعية التى يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوئها([1]).

الفرع الثاني عشر
الضريبة والزكاة

١٨٨- الزكاة غير الضريبة. فالزكاة فرضتها النصوص القرآنية التى لا يجوز تعديلـــها أو العدول عنها. وذلك خلافا للضريبة التى يجوز النظر فى قانونها، وتغيير بنيانها، بـــل وإلغاؤهـــا. فضلا عن أن الزكاة من الأركان التى لا يقوم الدين بدونها. ودائرة تطبيقها تغاير نطاق الضريبـــة وشروط سريانها والمكلفين بها.

وما تتوخاه الزكاة هو أن تقدم العون للذين يحتاجونها، وهو ما يميز بينها وبين الضريبـــة التى ترتد فى مصدرها المباشر إلى القوانين الوضعية، والتى لا تفرضها الدولة أصلا إلا بقصـــد تنمية مواردها التى تواجه بها نفقاتها.

ولأن الضريبة والزكاة مختلفتان من كل الوجوه، فإن تحملهما معا لا يناقض الدستور([2]).

الفرع الثالث عشر
ربط الضريبة بالدخل كأصل عام

١٨٩- لا تقتصر الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة، على صـــور بذاتـــها مـــن الأموال دون غيرها. ولكنها تسعها جميعها دون تمييز. وكلما فرض المشرع ضريبة على رءوس أموال المكلفين لها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، كان ذلك عدواناً عليها بمـــا يخرجـــها بتمامها.

([1]) القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- القاعدة رقـم ٤٠ -ص ٦٣٠ - ٦٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

أنظر كذلك القضية رقم ٨٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٢/٧- قاعدة رقم ٨٠ -ص ١١٤١- ١١٤٤ من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١٠٦ من الجزء الثـامن من مجموعة أحكام المحكمه

أو فى كثير من أجزائها من أيديهم. فلا تكون الضريبة بذلك إسهاما منطقيا من الملتزمين بأدائها فى تحمل نصيبهم العادل من الأعباء العامة، وإنما تنحل إلى مصادرة لأموالهم ولو بصفة جزئية.

كذلك فإن فرض ضريبة على رءوس الأموال ذاتها، مؤداه تآكلها، فلا تتجدد روافدها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض. ويتعين بالتالى أن يكون الدخل -وأيا كان مصدره- قاعدة للضريبة بالنظر إلى الصلة المنطقية بين الدخل والمقدرة التكليفية للممول. فلا يكون الدخل إلا مصدراً طبيعياً للضريبة، وشرطاً مبدئياً لعدالتها، وأصلا فى وعائها([1]).

ولا كذلك الضريبة التى يفرضها المشرع على ما يؤول إلى الورثة من الحقوق المالية التى خلفها مورثهم بعد توزيعها عليهم وفقاً لأنصبتهم المقررة فى الشرع. ذلك أن فرضها ينحل إلى اقتطاع لجزء من أنصبتهم هذه التى فرضها الله تعالى ليظل مقدارها ثابتاً، باعتبارها من حدوده التى لا يجوز لأحد أن يقربها وإلا كان باغيا. ولا يجوز بالتالى أن تقاسمهم الدولة -من خلال ضريبة الأيلولة التى فرضتها على أنصبتهم تلك- فى حقوق اختصهم الشرع بها، وقصرها عليهم([2]).

وتبطل الضريبة التى يفرضها المشرع على رءوس الأموال، كلما كان سريانها فى شأنها منتهياً إلى امتصاصها، وعلى الأخص إذا استطال زمن تطبيقها، وأظلتها أغراض الجباية بتوجهها النهم. كأن يفرضها المشرع على قيم مالية لم تصدر صكوكها بعد، أو لم يجر تسليمها لأصحابها([3]).

([1]) الحكم السابق ص ١٠٨ و١٠٩ من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/١٢/٥- قاعدة رقم ١٣ - ص ١٠٢ - ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

([3]) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٨ - ١١٠ من الجزء الثامن.

ولأن الدخل في مصادره المختلفة يشكل وعاء رئيسياً للضريبة؛ فإن الضريبة علـى رءوس الأموال لا يجوز فرضها إلا استثناء، وفي حدود ضيقة، ولفترة قصيرة، وكضرورة ملحة، وبما لا ينال من وعائها، سواء في كل أجزائه، أو معظم جوانبه([1]).

الفرع الرابع عشر

العدالة الاجتماعية كقيد يحكم الضريبة وغيرها من الأعباء المالية

١٩٠- لئن كان نص المادة ٣٨ من الدستور قد أتى بالعدالة الاجتماعية كقيد علـى النظـم الضريبية على اختلافها؛ إلا أن الضريبة تمثل في كل صورها، عبئا ماليا على المكلفين بها، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأعباء التي انتظمتها المادة ١١٩ من الدستور، كالرسوم.

ويتعين بالتالي -وبالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها- أن يكـون العـدل مـن منظـور اجتماعي، مهيمناً على صور الأعباء المالية جميعها؛ محدداً الشروط الموضوعية لاقتضائها؛ نائياً عن التمييز بينها دون مسوغ.

فذلك وحدة ضمان خضوعها لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعهم في شأن الحقوق عينها، فلا تحكمها إلا مقاييس واحدة لا تتفرق بها ضوابطها([2]).

ولم يحدد الدستور ما قصده بالعدالة الاجتماعية التي أقام عليها النظام الضريبي؛ وإن ظـل واضحا أن مفهوم العدل لا يتحدد أصلا إلا من منظور اجتماعي باعتباره متوخيا التعبير عن تلـك القيم الاجتماعية التي لا تنفصل الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقا لديها.

([1]) القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ١٩ يونيه ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٤١ من المجلـد الثاني من الجزء الخامس. وقد صدر هذا الحكم في شأن الضريبة على الأرض الفضاء. وقررت المحكمة فـي مدونات حكمها، أن كل ضريبة يفرضها المشرع على رأس مال لا يغل دخلاً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة مع زيادة تحكمية، في قيمته التي تمثل وعاء الضريبة؛ ينطوي على عدوان على الملكية الخاصـة ويناقض مفهوم العدالة الاجتماعية بالمخالفة لنص المادتين ٣٤ و٣٨ من الدستور.

([2]) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٢/١- قاعدة رقـم ٢٤- ص ٣٨٤- ٣٨٥ مـن الجزء الثامن.

فلا يكون مفهوم العدل حقيقة مطلقة لا تبديل فيها؛ ولا ثابتا باطراد؛ بل مرناً، ومتغيرا وفق معايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها.

وهو بذلك لا يعدو أن يكون نهجا متواصلا، منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وازنا بالقسط تلك الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً. وإنما يكون تطبيقها فيما بينهم، إنصافا لجموعهم؛ وإلا صار القانون منهيا للتوافق في مجال تنفيذه، وغدا إلغاؤه لازماً(١).

وحقائق العدل الاجتماعي، هي التي تتحدد على ضوئها شروط اقتضاء كافة الأعباء المالية على اختلافها، سواء في ذلك ما اتخذ منها شكل الضريبة، أو ما كان منها في صورة رسم، أو كان قوامها تكليفا ماليا آخر. إذ تنبسط عليها جميعها مفاهيم العدل الاجتماعي التي تتحقق من خلالها الضوابط الموضوعية لفرضها وتحصيلها، بما يكفل إنصافها وخضوع المكلفين بها لحماية قانونية يتساوون فيها.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ الدولة من مفهوم الجباية، قاعدة تلتزمها لتوفر عن طريقها موارد تتوقعها، ولو أدرجتها بالفعل في ميزانيتها(٢).

وليس لها كذلك أن تلاحق الممولين الخاضعين للضريبة، أو لغيرها من الأعباء المالية المنصوص عليها في المادة ١١٩ من الدستور، بفرائض مالية تكميلية يكون طلبها منهم مصادما لتوقعهم المشروع.

ومن ذلك تحريها عن القيمة الحقيقية للعقار بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها، توطئه لإخضاع ما يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسوم إضافية تباغتهم بها الجهة القائمة على

---

(١) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٢/١- قاعدة رقم ٢٤ -ص ٣٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) حق كل مواطن في أن تفرض عليه ضريبة يكون إنصافها نافيا لتحيفها من الحقوق التي يكفلها له الدستور باعتبار أن هذا الحق هو الذي يوازن سلطة الدولة في تحصيلها لتغطية أعبائها ومواجهة نفقاتها.

تنفيذ قانون الضريبة. فلا يكون مقدارها معروفا سلفا لديهم، ولا ماثلا فى أذهانهم قبل الشهر، بل يتخذ طلبها منهم صورة المداهمة التى لا يعرفون معها لأقدامهم موقعها([١]).

الفرع الخامس عشر
دستوريتها

١٩١- يفترض فى الضريبة، وكذلك فى أوجه إنفاق حصيلتها توخيها لغرض عام يحيط بها وتكون الضريبة مخالفة للدستور فى الأحوال الآتية:

١. إذا كان فرضها مؤديا إلى حمل المكلفين بها على الإدلاء بمعلومات عن نشاطهم قد تدينهم فى تحقيق جنائى([٢]) إذ لا يجوز بحكم الدستور حمل شخص على شهادة قد يدان بموجبها.

٢. إذا كان المقصود بالضريبة دعم عقيدة تنحاز الدولة لها، إضرارا بعقيدة تناوئها تحاملا عليها. ذلك أن حرية العقدية تفيد انعدام التفصيل بين العقائد؛ وتساويها فى المعاملة القانونية؛ وامتناع تقديم إحداها على غيرها، وحمايتها جميعاً فى إطار شروط متساوية.

٣. إذا كانت الضريبة جزءا لا يتجزأ من تنظيم أشمل وقع مخالفا للدستور، إذ تعتبر الضريبة فى هذه الحالة، أحد عناصره الأساسية، لتسقط بسقوطه.

٤. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والادخار. تزيد من فرص التضخم ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة فإن فرضها يكون مجاوزا للحدود التى يكون بها أداؤها واجبا وفق القانون. ذلك أن

([١]) انظر فى ذلك نص البند (جـ) من المادة ٢١ من القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية من طبق عليهم هذا البند خلال فترة نفاذه السابقة على العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل قانون رسوم التوثيق والشهر. انظر فى بطلان التقدير التكميلى لقيمة العقار، حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٦٥ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١- قاعدة رقم ٢٤ -ص٣٨٣-٣٨٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

([٢]) فالضريبة التي تفرض على الأرباح التي يحققها الاتجار في المواد المخدرة، تقتضي من المكلفين بها الإقرار بنشاطهم في مجال التعامل فيها، وقدر أرباحهم منها، بما يدينهم بجريمة الاتجار فيها.

العمل، والحق فى التنمية، من الحقوق التى كفلها الدستور على ما جرى بـــه قضـــاء المحكمـــة الدستورية العليا([1]).

٥. إذا كان هدفها مجرد ملاحقة الممولين بفرائض مالية تصادم توقعهم المشروع. كفرض الضريبة على تصرفاتهم القانونية بعد نفاذ آثارها وانتقال الأموال محلها -وبصفة نهائيـــة- إلـــى آخرين لتتخذ الضريبة -فى هذه الصورة- شكل المداهمة التى تنقض على الممولين وتباغتهم([2]).

٦. أن تتمحض الضريبة جزاء غير مفهوم. فلو أن المشرع حظر استخدام الأطفـــال فـــي المناجم إذا كانوا أقل من السن التي حددها، وإلا تعين على من يستخدمونهم أن يؤدوا إلى الدولـــة ١٠% من أرباحهم الصافية؛ وكان هذا الجزاء متصلا بشروط العمل، وواقعا في كـــل الأحـــوال؛ وسواء أكان المستخدمون لهؤلاء الأطفال قد خالفوا الحظر المفروض عليهم مرة واحدة في شـــأن طفل واحد، وعلى مدار عام كامل؛ أم كان نكولهم عن هذا الحظر متصلا دون انقطـــاع بأطفـــال كثيرين، فإن الفريضة المالية التي ألزمهم المشرع بها، تفقد صلتـــها بالأعمـــال المخالفـــة التـــي ارتكبوها، وتناسبها معها. وفي ذلك خروج بها عن ضوابط الاعتـــدال بمـــا يصمـــها بمخالفـــة الدستور([3]).

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ٢ مارس ١٩٩٦- قاعدة رقـــم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

([2]) دستورية عليا -القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- قاعدة رقم ٩٧ قضائيـــة "دســـتورية" -ص ١٢٨٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائيـــة "دســـتورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس. "دستورية" جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لســـنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثانى مـــن الجزء الخامس.

([3]) Bailey V.Drexel Furniture Co.,[Child Labour tax case] 259 U.S. 20 (1922).
تقرر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى هذه القضية ?إنه طالما كانت الضريبة تنتج بعض الدخـــل، فليس لهذه المحكمة أن تتحرى بواعث المشرع من وراء فرضها، ولا أن تبحث فى مدى تقييدها للنشـــاط الممـــل بعبئها.

٧. أن مجرد زيادة سعر الضريبة، وإن كان لا يبطلها، إلا أن وطأة الضريبة لا يجـوز أن تجاوز بثقلها حدود معقوليتها، ولا أن تدمر أو تمتص جانبا جسيما من وعائها، وإلا تعين الحكم بعدم دستوريتها.

٨. لا يعتبر تأثيم المشرع أفعالا بذواتها، وتقرير عقوبة مالية على مخالفتها، واقعا في نطاق الضريبة، ولا هو من صورها. ذلك أن إيقاع هذه العقوبة تقرر كجزاء على إتيان أفعـال أثمـها المشرع. فلا تكون هذه الأفعال إلا واقعة في نطاق التجريم لخروجها على الخط الفاصل بين مـا هو مباح، وما هو محظور.

٩. تفترض دستورية الضريبة، إلا إذا كان عوارها ظاهراً من وجهها. إذ يتعين فـي هـذه الحالة أن تقيم الدولة بنفسها الدليل على أن مصلحة قاهرة هى التى اقتضتها، وأن التدخل بها فـي نطاق الأوضاع القائمة، كان فى أضيق الحدود.

١٠. تبطل الضريبة إذا توخى المشرع من فرضها تحقيق أغراض يناهضها الدستور، كـأن يفرض المشرع ضريبة باهظة يكون من أثرها الحط من تقدم الفنون على اختلافها، بما ينـاهض ضرورة تشجيعها وتطويرها التى حض الدستور عليها.

١١. لا يعارض الدستور فرض ضريبة يكون هدفها ردع أو خفض النشاط المحمل بعبئـها، ولو كان إيرادها ضئيلا Negligible، وذلك إذا لم يكن هذا النشاط مطلوبا Inimical، أو لا صلـة له بالإسهام Unessential في تحقيق الرخاء العام([1]).

"It is axiomatic that the power of the congress to tax is extensive and sometimes falls within the crushing effect on businesses deemed unessential or inimical to the public welfare".

١٢. أن كل ضريبة يلبسها المشرع غير ثوبها ليخفى حقيقتـها، يكـون فرضـها مخالفـاً للدستور.

([1]) See United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953)".

١٣. الوحدة الجغرافية للضريبة العامة التى يقتضيها سريانها على كامل أقليم الدولة بغض النظر عن فواصله الإدارية، لا تعنى وحدة عبئها فى مجال تطبيقها على كل شخص من المكلفين بها([1]).

١٤. لا ينال من دستورية الضريبة أن تكون لها آثار جانبية، اقتصادية أو اجتماعية. ذلك أن كل ضريبة، حتى مع افتراض عدالتها، تزيد من تكلفة النشاط المحمل بها([2]).

Almost any tax will achieve an ancillary effect by increasing the taxed activities for individuals or corporations.

١٥. تظل الضريبة التي اكتمل بنيانها وفقا للدستور، موافقة لأحكامه، ولو أساء المشرع استخدام حصيلتها. ذلك أن سلطة فرض الضريبة وضوابط دستوريتها، تنفصل عن أوجه إنفاق إيرادها فى مصارفها المحددة لها بقانون الميزانية([3]).

١٦. لا يجوز أن يكون الإغراق فى أغراض الجباية هدفا يحدد للضريبة وجهتها، ويهيمن على تشكيل ملامحها، وعلى الأخص كلما كان عبؤها فادحا([4]).

١٧. يتعين أن ترتبط النصوص القانونية التي تنظم الضريبة، عقلا بأهدافها، وأن يتحقق التوافق بين أهدافها ونصوص الدستور.

١٨. خوض جهة الرقابة على الدستورية في أغراض الضريبة، وثيق الصلة بتقييم بنيانها على ضوء حقيقة أهدافها. وهي عين المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية في شأن دستورية الضريبة المتنازع عليها.

([1]) Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900).

([2]) Laurence H. Tribe, ibid., p. 319.

([3]) وقد جمع الدستور الأمريكي الفيدرالي في مادة واحدة –هي الفصل الثامن من مادته الأولى– بين اختصاص الكونجرس في فرض الضريبة من جهة؛ وسلطته في الإنفاق من جهة ثانية . ذلك أن هذه المادة تخول الكونجرس اختصاص فرض الضريبة وغيرها من المكوس، وكذلك تحصيلها من أجل الوفاء بالديون وتوفير الأموال اللازمة لأغراض الدفاع وتحقيق الرخاء العام.

([4]) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" –جلسة ١٩٩٧/١١/١–قاعدة رقم ٦٦ ص٩٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٩. توافر الأوضاع الشكليه التي يتطلبها الدستور في شأن الضريبة، لا يفيد -ولو ضمنا- خلوها من مثالبها الموضوعية؛ ولا ينفي عنها بالضرورة تحيفها وخروجها على ضوابط الاعتدال التي يوازن بها المشرع بين اتجاه الدولة أو سعيها لتنمية مواردها نهوضا بأعبائها؛ وبين حق المخاطبين بها في أن يقرر المشرع معدلها وشروط اقتضائها، وفق معايير تتهيأ بها للعدالة الاجتماعية -وهي قاعدة نظامها- أسبابها([1]).

٢٠. اختصاص السلطة التشريعية بتحديد أوجه إنفاق حصيلة الضريبة، يخولها كذلك تقرير الشروط التي يتم من خلالها هذا الإنفاق، بما يقيم صلة منطقية بين شروط إنفاق حصيلة الضريبة؛ والضوابط التي يتعين على السلطة التنفيذية التقيد بها في مجال تنفيذ قانون الميزانية.

٢١. لا يجوز فرض ضريبة على أموال ليس لها من صلة بالملتزمين أصلا بأدائها، ولا على أموال لم تعد بيد المسئولين عنها. وإنما فرضها المشرع بعد خروجها من ذمتهم وانتقال ملكيتها إلى آخرين([2]). ذلك أن المسئولين عن الضريبة الذين أقامهم المشرع إلى جوار الملتزمين أصلا بها، وكلفهم بتوريد مبلغها إلى الخزانة العامة لضمان تحصيلها، والتقليل من نفقة جبايتها، لا يتحملون بها إلا إذا أتصل المال محلها بأيديهم، حتى يقتطعوا مبلغها من هذا المال ويقومون بتوريده.

٢٢. ولئن كان المسئولون عن توريد الضريبة، لا يلتزمون أصلا بها، ويعتبر تكليفهم بتوريدها تابعاً لإلتزام المدين الأصلي بها، يبقى ببقائه ويزول بانقضائه؛ إلا أن من حقهم النعي عليها مخالفتها للدستور إذا كان مبلغها يحد من نشاطهم ونطاق خدماتهم التي يؤدونها إلى الملتزمين أصلا بالضريبة. فقد يعهد أشخاص إلى بعض الفنادق بتنظيم حفلاتهم فيها مقابل مبالغ

([1]) الحكم السابق ص ٩٧١-٩٧٢

([2]) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤- ص ١٠٩- ١١٠ من الجزء الثامن. ويلاحظ أن ضريبة الدمغة المطعون عليها في هذه القضية كان محلها أوراق مالية أو حصص أو أنصبة أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها، وذلك من خلال نقلها الحق فيها إلى آخرين. وقد اعتبرت المحكمة أن صلة الشركة أو الهيئة المصدرة لهذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة، صلة واهية انتحلها المشرع لضمان استيفاء الضريبة من المسئولين عن توريدها ضريبة الدمغة، بالرغم من أن إصدار الشركة أو الهيئة لهذه الأوراق أو تلك الحصص أو الأنصبة، يفصلها عنها، فلا يكون لها بعد ذلك شأن بتداولها ولا بإيراده.

يدفعونها وقد يفرض المشرع علي من يقيمون حفلاتهم هذه، ضريبة يعتقلها مـــن المبـــالغ التـــي يؤدونها إلي الفندق، بما يجعلهم بوصفهم ملتزمين أصلا بدفعها. فإذا أقام المشرع- وإلى جانبهم - من يديرون هذه الفنادق أو يملكونها، وإلزامهم بتوريد تلك الضريبة إلى الخزانة العامـــة؛ فإنـــهم يكونون مسئولين عن هذا التوريد.

وكلما كان مقدار تلك الضريبة مجاوزاً حدود الاعتدال، أرهق فرضها من يقيمون حفلاتـــهم فى تلك الفنادق وحملهم على التخلى عن حفلاتهم هذه، فلا يكون دفاع أصحابـــها عـــن مصـــالح عملائهم فى ضريبة لا ترهقهم،غير دفاع من جهتهم عن مصلحتهم الشخصية فى أن تظل فنادقـهم مفتوحة لمن يرغبون فى تنظيم حفلاتهم بها وترتيبها([1]).

٢٣. لا يجوز أن تتذرع الدولة بمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، لتقرير جـــزاء علـــى الإخلال بها يجاوز بمداه أو بتعدد صوره، الحدود المنطقية التـــي يقتضيـــها صـــون مصلحتـــها الضريبية. ذلك أن الأصل فى الجزاء -جنائياً كان أم مدنيا أم ماليا أم تأديبياً- أن يتعلق بأفعـــال بذواتها يعينها المشرع. فلا يكون الجزاء ملائما إلا إذا كـــان متناسـباً معـــها The principle of proportionality، ومتدرجا بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام؛ وإلا صار الجزاء غلـــوا غير مقبول. كذلك فإن تعدد صور الجزاء، وانصبابها جميعا على مال المدين -مع وحدة ســببها- ينافي مفهوم العدالة الاجتماعية التى تقوم عليها النظم الضريبية جميعها، وينتقص -دون مقتـض- من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمكلفين بالضريبة أصلاً، أو المسئولين عنها([2]).

٢٤. الأصل في الضريبة، أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرا مـــن المكلفيـــن بأدائـــها بوصفها إسهاما من جهتهم في أعبائها وتكاليفها؛ وكان هؤلاء يدفعونها لها بصفة نهائية، وبغير أن تقابلها خدمة محددة يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها؛ وكان فرضـــها مرتبطا بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بسببها، حتى لا تختلـــط الضريبـــة بالرسم الذي يستحق مقابلاً لنشاط خاص أتاه الشخص العام، وعوضاً عن تكلفته، وإن لـــم يكـــن

([1]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ -ص٣٩٣ وما بعدهـا من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) ص ٤٠٨ من الحكم السابق.

بمقدارها؛ إلا أن الضريبة والرسم يتفقان في خضوعهما معا -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- لضوابط العدالة الاجتماعية التي أقام الدستور عليها النظم الضريبية جميعها([1]).

٢٥. إذ نص الدستور على أن فرض الضريبة العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون، وأن الإعفاء منها يجوز أن يكون في حدود القانون؛ فقد دل بذلك أن صدور تفويض في شأن هذه الضريبة ينحصر فى تقرير الإعفاء منها؛ وأن غير ذلك من أحكامها، لا تحدده غير السلطة التشريعية بنفسها. ولا كذلك غير الضريبة العامة من الأعباء العامة، إذ يجوز أن يحدد القانون إطارها، وأن تستكمل السلطة التنفيذية جوانبها في الحدود التي بينها القانون.

٢٦. لا يجوز لمنطقة إقليمية داخل الدولة الواحدة، أن تفرض ضريبة محلية تحد بها من تدفق التجارة إليها من منطقة إقليمية أخرى.

٢٧. يتعين فى مجال تقييم دستورية الضريبة، النظر إلي نوع وقدر الأعباء التى ألقتها على المخاطبين بها -سواء كانوا ملتزمين أصلا بها أو مسئولين عنها- وإلي قيام صلة حقيقية بين المال المحمل بعبئها وهؤلاء المخاطبين.

٢٨. مجرد حاجة الدولة إلى الضريبة لتنمية مواردها، لا يعتبر عنصراً قاطعاً فى دستوريتها.

٢٩. لا يجوز فى الدول الفيدرالية، أن تميز ولاية بين نشاط يباشره مواطنوها داخل إقليمها، فتعفيه بغير مبرر معقول من ضريبة تفرضها على نشاط مقابل يباشره مواطنون تابعون لولاية أخري داخل حدودها([2]). ويعتبر التمييز المقرر بقانون الولاية على هذا النحو غير مبرر، إذ كان فى واقعه تحكمياً، ولو كان محايداً فى مظهره أو وجهه. وليس لولاية أن تفرض ضريبة على غير أجزاء النشاط الواقعة فى نطاق حدودها الإقليمية، إذا كان هذا النشاط متعديا إلى أكثر من ولاية.

([1]) ص ٤١٣- ٤١٤ من الحكم السابق.

([2]) Hale v.Bimco Trading co., 306 U.S. (1939).

فالولاية التى تفرض رسوم تفتيش على الأسمنت المستورد من ولاية أخرى يعادل ستين مثلاً قيمة نفقات التفتيش، تعتبر مخالفة لشرط التبادل الحر للتجارة بين الولايات، إذا كان الأسمنت المحلى فى الولاية معفى من هذه الرسوم بالكامل.

٣٠. تعتبر الضريبة التى تفرضها ولاية أثناء المرور العابر لبضاعة بإقليمها، ضريبة مكررة Repeatable tax يناقض فرضها شرط التبادل الحر للتجارة فيما بين الولايات بعضها البعض(١). ويفترض دوماً مناسبة الضريبة التى تفرضها الولاية على ذلك الجزء من النشاط المحمل بها فى نطاق إقليمها، وذلك تفادياً لازدواج الضريبة(٢).

وليس بشرط فى ذلك الجزء من النشاط المحمل بالضريبة المحلية، أن يكون سلعا تتدفق عليها من ولاية غيرها، وإنما قد يتعلق التدفق ببعض القيم المالية، كفرص التمويل الأفضل للمشروع، أو التقنية المتطورة(٣).

٣١. لا يجوز لولاية أن تفرض على نفسها عزلة اقتصادية تحرمها من الاتصال بباقي أجزاء الاتحاد، ولا أن تعرقل من خلال الضريبة التي تفرضها ،جريان التجارة بينها وبين غيرها من الولايات بما يحول دون تدفقها، أو يعطل وسائل نقلها، أو يبهظ حركتها بتدابير تعوقها؛ وبمراعاة أن حرية التجارة بين أجزاء الاتحاد، لا يخل بها أن تتخذ كل ولاية، التدابير الضرورية التي تؤمن بها سكانها وحيواناتها ونباتاتها وأشجارها ومخزون سلعها ومنتجاتها، من الأمراض التي قد تصيبها من التجارة الوافدة ،بشرط ألا تزيد تكلفة هذه التدابير التي تقتضيها ممن يتاجرون معها، عن معدلاتها المنطقية. ولكل ولاية بالتالي أن ترد عن حدودها كل بضاعة أجنبية أو محلية إذا قام لديها مبرر معقول يحملها على الاعتقاد بأن من شأن اتصال هذه البضاعة بإقليمها، الإضرار برخائها العام ممثلا في ضمان صحة مواطنيها وتأمين سلامتهم وصون قيمهم الخلقية.

٣٢. لا يجوز لأية ولاية كذلك أن تقرر معاملة تفضيلية للسلع التي تأتيها من جهة دون أخرى من أجزاء الاتحاد . وإنما يتعين أن تترابط وحداته فيما بينها، وأن تزداد قوتها وتماسكها من خلال اتصال التجارة فيما بينها دون عائق كي تنفتح قنواتها. خاصة وأن تقديمها المصالح التجارية للمقيمين فيها، على غيرهم، ليس إلا مدخلا لتدابير الردع التي تتخذها قبلها كل ولاية أضرت بها المعاملة التفضيلية لغيرها، بما يوهن الاتحاد، ويؤدي إلى بلقنة التجارة القومية بكل أشكالها.

---

(1) Champlain Co V.Brattleboro, 260 U.S. 366 (1922).

(2) General Motors Corp. V. Washington, 377 U.S. 436 (1964).

(3) Laurence H. Tribe, p. 466.

ذلك أن حرية التجارة بين الولايات هي التي تكفل اتصال أسواقها، وإمكان نفاذ منتجاتها إلي أقاليم الاتحاد في مجموعها، بغير أسوار جمركية، وبما يحقق مصلحة الصناع والمزارعين -أيا كان مكان توطنهم في الاتحاد- وكذلك مصلحة المستهلكين الذين يضمنون من خلال تنافس الولايات فيما بينها، الحصول على أفضل منتجاتها بأقل الأسعار.

٣٣. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والادخار، تزيد من التضخم، ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة، فإن فرضها يكون مجاوزا ضوابط عدالتها الاجتماعية، فلا يكون أداؤها واجبا وفقا للقانون. ذلك أن الحق فى التنمية وفى العمل من الحقوق التى كفلها الدستور([١]).

٣٤. لا ترتبط دستورية الضريبة بعظم حصيلتها، ولا تنفيها ضآلتها. ولا يحول دونها أن يكون للضريبة فضلا عن مقاصدها الأصلية -التى يعكسها اتجاه الدولة إلى الحصول على مبلغها إنماء منها لموارد ترصدها على مصارفها- آثاراً عرضية من شأنها فرض أعباء متفاوتة على صور من النشاط التى يأتيها المكلفون بها، والتى تقع الضريبة عليها، بما ينهيها أو يرهقها([٢]).

٣٥. ويدخل اختيار المشرع لوعاء الضريبة -وهو المال المحمل بعبئها- فى نطاق سلطته التقديرية، ولو كان فرضها غير مقبول بوجه عام. ولا ترتبط دستوريتها بالتالى بتوافر بدائل تحل محلها، وتكفل تحقيق حصيلتها([٣]).

بيد أن هذا الاختيار وإن كان يدخل في نطاق السلطة التى يباشرها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق، إلا أن هذه السلطة تقيدها الضوابط التى فرضها الدستور عليها لتحد من إطلاقها

([١]) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٦٦/٣/٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

([٢])القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ - ص ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

([٣]) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ - ص ١١١ و١١٢ من الجزء الثامن.

ولترسم تخومها التى لا يجوز أن يتعداها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرهقها، ويحد من اكتمال مجالاتها الحيوية التى تمثل لبها ونواتها([١]).

٣٦. حق الدولة فى اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، ولإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية؛ ينبغى أن يقابل بحق الملتزمين أصلا بها، والمسئولين عن توريدها، فى فرضها وتحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافيا لتحيفها([٢]).

٣٧. وعاء الضريبة هو المال المحمل بعبئها. ويتعين أن يكون وجوده محققا. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثابتاً بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص. ذلك أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها، لا يتحدد على وجه اليقين، إلا إذا ارتبط بوعائها، وكان محمولاً عليه. ووعاء الضريبة بالتالى هو مادتها، والغرض من فرضها هو أن يكون هذا الوعاء مصرفها. فإذا فرضها المشرع على دخل معين، تعين أن يكون مبلغها متأتيا من هذا الدخل دون سواه، وناجماً عن وجوده -حقيقة لا حكما- ومنسوباً إلى مقداره، واقعاً لا مجازاً.

فإذا انفصم دين الضريبة عن وعائها. ولم يكن نتيجة تحقق الدخل المحمل بعبئها، دل ذلك على أن الرابطة بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما يناقض أسسها الموضوعية التى لا تقوم إلا بها([٣]).

٣٨. ليس ثمة مصلحة مشروعة ترتجى من وراء إقرار قانون يتوخى مجرد تنمية موارد الدولة عن طريق ضريبة تفتقر إلى قوالبها الشكلية، أو لا تتوافر فيها عناصر عدالتها الاجتماعية. ذلك أن جباية الأموال ذاتها لا تعتبر هدفاً يحميه الدستور. بل يتعين أن تكون هذه الجباية وفق قواعده، وبالتطبيق لأحكامه([٤]).

([١]) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨- قاعدة رقم ١٠٤-ص١٣٧٥- ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

([٢]) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤-ص١٣٧٥-١٣٧٦ من الجزء الثامن.

([٣]) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٣/١٢/٦- قاعدة رقم ٥/٧ -ص ٨٤ و٨٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

([٤]) الحكم السابق - قاعدة رقم ٣/٧ ص ٨٣.

٣٩. إقرار السلطة التشريعية لضريبة تم فرضها بالمخالفة للدستور -ولو بأثر رجعى يرتد إلى تاريخ العمل بها- لا يحييها من جديد ولا يزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع.

والقانون المجيز لها فى عداد القوانين التى يتقيد اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها بالدستور. ذلك أن الضريبة التى تناقض الدستور، يلحقها العدم منذ فرضها، فلا ترد إلى الحياة لأن الساقط لا يعود(١).

٤٠. إذا فوض المشرع رئيس الجمهورية فى تعديل قانون الضريبة على الاستهلاك من خلال إضافة سلع جديدة إلى قائمة السلع التى أخضعها هذا القانون لأحكامه، فإن قرار رئيس الجمهورية فى ذلك يكون معدلاً من بنيان الضريبة من خلال تحوير أحكامها ونطاق سريانها. ويقع هذا القرار باطلاً بالتالى بعد أن قام على تفويض مناقض للدستور(٢).

٤١. تعتبر العدالة الاجتماعية قيدا على النظم الضريبية جميعها. ولئن كان الدستور لم يبين لهذه العدالة مفهومها، إلا أن العدل -وباعتباره قيمة مثلى- لا يتحدد إلا منظور اجتماعى على ضوء القيم التى ارتضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان التزامها بها مهيمنا على مظاهر سلوكها، تعبيرا من جانبها عن أكثر المصالح توافقا مع بيئتها. فلا يكون قبول أفرادها بها، إلا حلا ملائما لتنازع توجهاتهم وتعارضها.

وصح القول بالتالى، بأن تلك القيم لا تعنى شيئاً ثابتاً باطراد؛ وأن معانيها وغاياتها تتباين تبعاً لمعايير الضمير الاجتماعى ومستوياتها؛ وكان لا يجوز بالنظر إلى مخاطر التعارض فى مجال العدالة الاجتماعية بين مفترضاتها النظرية ومتطلباتها العملية، أن يكون تصورها ذاتيا، ولا

---

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن. فلو أن المشرع خول رئيس الجمهورية أن يفرض الضريبة العامة على المبيعات بقرار منه، فإنها تنعدم أصلاً. ولا يتصور أن يفرضها قانون لاحق إلا إذا طبق بأثر مباشر. فإذا انسحب هذا القانون إلى تاريخ العمل بضريبة المبيعات المعدومة بقصد إحيائها، وقع هذا القانون باطلا.

(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

دائرة تطبيقها منغلقة على نفسها؛ إلا أن القيم التى يحتضنها العدل، تظل نتاج الخبرة التى صهرها العقل الجمعى، فلا يلتمس المشرع طرقها بعيدا عما يراه الأفراد فى مجموعهم حقاً وإنصافاً([1]).

ومما يناقض مفهوم العدالة الاجتماعية، ويخل بالحماية التى تكفلها الدول الديموقراطية لمواطنيها فى حدها الأدنى، أن يكون الجزاء على مخالفة قانون الضريبة، منطوياً على الغلو. وهو ما يظهر على الأخص حين يعامل المشرع أفعالا تتنافر خصائصها، ولا تتحد فيما بينها فى قدر خطورتها، بافتراض تساويها فى الآثار التى ترتبها، ليجمعها فى بوتقة واحدة، وينزل على كل منها صور الجزاء ذاتها التى فرضها على غيرها، لتحيطها وطأتها دون تمييز بينها؛ وذلك سواء كان التورط فى هذه الأفعال ناشئا عن عمد أو عن إهمال أو عن فعل لا يقترن بأيهما؛ وسواء كان إتيانها بقصد التدليس على القائمين على تنفيذ قانون الضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها بقصد التخلص منها كلها أو بعضها واقتناص مبلغها؛ أم كان منتهياً إلى مجرد التأخير فى توريدها؛ وسواء كان التأخير فى توريدها عرضيا أو مقصوداً؛ محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو متراخيا أجلاً طويلاً؛ ناجما عن قوة قاهرة، أو عن أوضاع طارئة مفاجئة([2]).

ليظهر عين الجزاء متعلقا بأفعال تتنافر عناصرها وعواقبها، فلا يكون جزاء كل من هذه الأفعال مناسباً لحقيقتها. بل يقيس المشرع أقلها خطراً على أسوئها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وآثارها؛ وتلاقيها فى خصائصها فلا يزنها بالقسط.

وليس ذلك إلا غلوا منافيا لضوابط العدالة الاجتماعية التى أرستها المادة ٣٨ من الدستور، لتقيم عليها النظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التى حددتها المادة ٢/١١٩ من الدستور. يؤيد هذا النظر، أن النصوص القانونية لا يجوز أن تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها.

وإذ كان الأصل فى صور الجزاء ألا تتزاحم جميعها على محل واحد بما ينبو بها عن موازين الاعتدال، وألا يتعلق جزاء منها بغير الأفعال التى تتحد فى خواصها وصفاتها، وبما

([1]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ -ص ٤١٦ - ٤١٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨- قاعدة رقم ١٠٤ -ص ١٣٧٧- ١٣٧٨ من الجزء الثامن.

يلائمها؛ فقد صار باطلاً كل جزاء يكون من أثره، الإخلال اعتسافا بحقوق الملكية الثابتة لأصحابها. ويتعين بالتالى أن يوازن المشرع فيما يقدره من جزاء، بين الأفعال التى يجوز أن يتصل بها، وأن يقدر لكل حال لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مثالبها، بل يبتغيها أسلوباً منطقيا لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها([1]).

٤٢. كلما كان موضوع الخصومة الدستورية متعلقا بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص الدستور جميعها، سواء فى ذلك تلك التى تنظم قوالبها الشكلية، أو التى تتصل بأسسها الموضوعية، تعتبر مثارة فيها بحكم الاقتضاء العقلى.

٤٣. لجهة الرقابة على الدستورية- وفى مجال تحققها من دستورية الضريبة أن تباشر رقابتها على الواقعة التى أنشأتها، وأن تستظهر بالتالى حدود الصلة بين المكلفين بها؛ والمال المحمل بعبئها؛ ونطاق مقدرتهم التكليفية، وأن تكون صور الدخل على اختلافها -وباعتبارها إيرادا مضافا إلى رءوس الأموال التى أنتجتها- وعاء أساسيا لها كافلا -بصفة مبدئية- عدالتها وموضوعيتها. فلا تنال الضريبة من رءوس الأموال ذاتها بما يؤول إلى تآكلها أو يحول دون تراكمها، لضمان أن يظل استخدامها فى مجال التنمية عريضا وفاعلا من خلال تدفق روافدها.

٤٤. ولا يجوز فى الدول الفيدرالية -وفى نطاق شرط التدفق غير المعاق للتجارة بين ولاياتها- أن تقرر إحداها معاملة ضريبية تفصيلية تؤثر بها التجارة المحلية الواقعة فى نطاق إقليمها، بما يضر بالتجارة الواقعة فيما وراء حدوده.

كما لا يجوز فى نطاق الدول الفيدرالية أن تتستر السلطة التشريعية المركزية وراء مفهوم الضريبة الاتحادية التى يجوز لها فرضها، كى تنظم من خلالها مسائل تدخل فى الاختصاص المنفرد لولاياتها.

٤٥. تحتفظ الضريبة التى تفرضها الدولة، بصفتها كمورد لها Revenue Measure، ولو كان لها جانبى تنظيمى عرضى Ancillory regulatory effect يتوخى تنظيم أعمال بذواتها بقصد

([1]) الحكم السابق- ص ١٣٧٨- من الجزء الثامن.

إرهاق نشاطها، كلما تم تحقيق أغراضها العرضية من خلال معدلها([1]) Rate structure أو كان لهذه الأغراض صلة منطقية بتنفيذ قانون الضريبة([2]).

فإذا لم يكن للضريبة من أغراض تتوخاها غير آثارها التنظيمية؛ فإنها تفقد صفتها كضريبة لزوال عنصر الإيراد منها. ويكفى لاعتبار الضريبة دخلاً للخزانة أن ينتج عنها إيراد للدولة أياً كان مقداره. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تناقش السلطة التشريعية فى دوافعها لإقرار الضريبة التى فرضتها، ولا فى نطاق الآثار العرضية التى حققتها الضريبة؛ طالما أن أغراضها لا تنحصر فى تحقيق هذه الآثار([3]).

٤٦. لئن كانت الضريبة مصدراً لإيراد الدولة، إلا أن تعلقها بنشاط معين، يفترض تحديده بصورة جازمة، وألا ننظر إليها كتعويض عن تكلفة تحملها الدولة بمناسبة هذا النشاط. ذلك أن الضريبة فى صحيح مفهومها، هى التى يفرضها المشرع فى شأن الملتزمين بها الذين يدفعونها دون خطأ من جانبهم باعتبار أن مصدرها المباشر نص القانون ولا كذلك التعويض عن العمل غير المشروع، إذ يعتبر نص القانون مصدراً غير مباشر لهذا التعويض([4]).

٤٧. يفترض اختيار المشرع صوراً بذاتها من التعامل، وفرضه لضريبة على صافى أرباحها؛ تعلق هذه الأرباح بتلك الصور من التعامل دون غيرها؛ وأن يكون تحققها قائما بها فى كل أحوالها وظروفها.

ولا كذلك الضريبة التى فرضها المشرع على البيوع بالمزاد، والتى افترض بها تحقيق هذه البيوع -فى كل أحوالها- فائضا مضافا إلى القيمة الأصلية للأموال موضوعها.

ذلك أن تلك البيوع قد تدار قضائيا أو إدارياً، فلا يكون للقائمين على إجرائها، مصلحة فى اقتضاء ثمن عادل لها.

وقد يضطر أصحابها -ولو باعوها اختيارا- إلى عرضها فى وقت غير ملائم، فلا يتربحون من بيعها. فإذا فرض المشرع ضريبة على بيعها غير المثمر، كلفهم رهقا بما ينال من رءوس

([1]) Mc Gray V. United States 195, U. S. 27 (1904).

([2]) United States V. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

([3]) Sonzinsky V. United States, 300 U.S. 506, 514 (1937).

([4]) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٣٠ من الجزء الثامن.

أموالهم في ذاتها. وهو ما يخرج بالضريبة عن وظيفتها بوصفها إسهاماً منطقياً من المكلفين بـها بقصد مواجهة الأعباء التي يقتضيها تسيير وتنظيم وتطوير المرافق العامة.

والقول بأن الضريبة التي فرضها المشرع على بيوع بذواتها، أيسر من غيرها في مجال ربطها وتحصيلها؛ لا يقيمها -وبناء على هذا الاعتبار وحده- على أساس من الدستور([1]).

٤٨. لا يجوز للضريبة أن تدمر وعاءها من خلال فداحة عبئها؛ ولا أن تتمحض عن جزاء يكون هو المقصود بها، ولو تخفى في صورة الضريبة([2]).

الفرع السادس عشر

الجريمة الضريبية

أولاً : تعليق حق رفعها على طلب من الجهة التي عينها المشرع

١٩٢- قد يعلق المشرع حق النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية بشأن الجريمة الضريبية على طلب يقدم إليها من الجهة التي يحددها. فإن هو فعل، كان ذلك قيدا استثنائيا على سلطتها في مجال تحريكها، ومفترضا إجرائيا لجواز مباشرتها.

ولا يعتبر هذا القيد بالتالي عنصراً في قيام الجريمة أو توافر أركانها. بل مجرد عقبة تحول دون اتخاذ إجراء فيها ما بقي القيد قائماً. وارتفاع هذا القيد مؤداه أن يعود إلى النيابة العامة اختصاصها كاملاً في شأن هذه الجرائم، فلا تلتزم برفع الدعوى الجنائية عنها. بل تقرر -في حدود سلطتها التقديرية- تحريكها أو إهمالها.

وهذه القاعدة هي التي رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية التي تخول النيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك. وهو ما يعني أن أصل الحق في رفعها مخول للنيابة العامة تتولاه بنفسها على ضوء وقائع الاتهام

([1]) القضية رقة ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/١١/١٥- قاعدة رقم ١٧ -ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقة ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/١١/١٥- قاعدة رقم ١٧ -ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

وأدلتها. لا استثناء من ذلك إلا فى جرائم بذواتها يحددها القانون، ويندرج تحتها تلك التى تقتضى طبيعتها الخاصة، ألا تتخذ النيابة العامة إجراء فيها إلا بناء على طلب من الجهة التى عينها المشرع، يصدر عنها وفق ما تراه ملائما وأوثق اتصالاً بالمصلحة التى توخاها المشرع من التجريم([1]).

١٩٣- ولا تعتبر العقوبة التى يفرضها المشرع على الجريمة الضريبية مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق غرض محدد يرتبط بها، يتمثل أصلا فى صون مصلحة الخزانة العامة فى إطار من التفاهم بين المتحملين بالضريبة من ناحية؛ والجهة الإدارية التى تقتضيها من ناحية ثانية.

ومن ثم توازن هذه الجهة بين مسئولياتها فى صون المصلحة الضريبية للدولة، وخطورة الآثار المترتبة على الإخلال بها، بما يخولها سلطة مطلقة فى مجال تقدير ملاءمة رفع الدعوى الجنائية عن الجريمة الضريبية أو التخلى عنها. وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

١٩٤- الأصل فى الجرائم الضريبية أنها جرائم مالية غايتها التخلص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، ولا تعلق لها بأشخاص مرتكبيها. ولئن جاز القول بأن بعض هذه الجرائم قد يخل بالحماية اللازمة لدعم الصناعة الوطنية من خلال تطبيق النظم المعمول بها فى شأن البضائع الممنوع استيرادها؛ إلا أن الجرائم الضريبية -وعلى تباين صورها- يتعين معاملتها وفق ضوابط حذرة يكون تطبيقها عائداً إلى الإدارة المالية ذاتها، لتزن على ضوئها، خطورة كل منها وملابستها، فلا تقام الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على طلبها بعد تقييمها لكل حالة على حدة([2]).

([1]) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٤- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- ص ٥٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٤ -ص ٥٨٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانيا: التصالح فيها

١٩٥- قد يجيز المشرع الصلح فى بعض الجرائم الضريبية، كجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها أو الشروع فيه، أو حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بتهريبها. فإذا جعل المشرع لهذا الصلح أثراً وجوبيا يتمثل فى مصادرة البضائع المضبوطة فى تلك الجرائم، وأثرا جوازيا يخول الجهة الإدارية وفق سلطتها التقديرية، الحق فى مصادرة وسائل نقلها ومواد تهريبها؛ فإن المصادرة فى الحالتين لا تستند إلى إرادتين تلاقيتا على الصلح فيما بينهما. بل تتم المصادرة الجوازية بقرار منفرد تصدره الجهة الإدارية. كذلك تقع المصادرة الوجوبية بناء على نص فى القانون، بما يحتم إنفاذ أثرها ولو خلا عقد الصلح منها، بل ولو أسقطها هذا العقد لنزول الجهة الإدارية عنها.

وفضلاً عما تقدم، فان المصادرة فى صورتيها الوجوبية والجوازية، لا تقع بناء على حكم قضائى بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من الدستور. ذلك أن عدم رد البضائع التى تم ضبطها إلى أصحابها، مؤداه أن تحل الدولة محلهم فى ملكيتها، وأن تؤول إليها هذه البضائع بغير مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها.

وإذ كانت المصادرة التى أجراها المشرع -كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية- لا تعتبر تدبيراً احترازياً يتصل بأشياء يعتبر استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها فى ذاته، جريمة معاقبا عليها Objects the possession of which without more, constitutes a crime. فإن عدم رد هذه البضائع إلى أصحابها يعتبر عقاباً جنائياً لقيام صلة بين مصادرتها وبين الجريمة التى تم ارتكابها. وهى بعد عقوبة عينية ترد على أموال بذواتها تتمثل فى بضائع تم ضبطها اتصالاً بتهريبها، وكان ينبغى بالتالى أن يصدر بها حكم قضائى([1]).

يؤيد هذا النظر أن الدستور، وإن حظر بنص المادة ٣٦ مطلق المصادرة العامة، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى، سواء كانت هذه المصادرة عقاباً جنائياً، أم كانت جزاء مدنيا مبناه مخالفة النظم الجمركية المعمول بها؛ فإن توقيعها يجب أن يتم من خلال حق التقاضى صوناً

([1]) الحكم السابق ص ٥٩٠ - ٥٩٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

لحقوق الملكية التى تصيبها المصادرة. فلا يتم الفصل فى هذه الحقوق -سواء بإثباتها أو نفيها- إلا على ضوء نظرة محايدة تحيطها، ووفق مقاييس وضوابط حددها المشرع سلفا([1]).

([1]) الحكم السابق ص ٥٩٣ - ٥٩٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الخامس
الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري

١٩٦- وتحدد المحكمة الدستورية العليا القواعد التى تحكم مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية، سواء فى ذلك ما اتفق منها وطبيعة وظائفها، أو ما خرج عن النطاق الطبيعى لولايتها. وهى تحدد كذلك ماهية قراراتها الفردية؛ ونطاق تدخلها فى المرافق التى تنشئها؛ وخصائص العقود الإدارية التى تدخل فيها للوفاء باحتياجاتها. وتستظهر فضلا عما تقدم، حقيقة الروابط القانونية بين هذه المرافق وعمالها، وتقيم لها ضوابطها. وفيما يلى تفصيل لكل ما تقدم:

المطلب الأول
مباشرة الإدارة لسلطتها اللائحية

١٩٧- تباشر السلطة التنفيذية اختصاص إصدار تشريعات لائحية، إما بصفة أصلية فيما يتفق وطبيعة وظائفها، كإصدارها اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين؛ وإما بصفة استثنائية تخرج فيها عن النطاق الطبيعى لوظائفها، مثلما هو الحال فى اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة.

ذلك أن اختصاصها بإصدار هذين النوعين من اللوائح اللتين تباشر من خلالهما سلطة تشريعية استثنائية، مردها إلى قواعد الدستور ذاتها فى الحدود الضيقة التى أذن بها.

الفرع الأول
اللوائح التنفيذية

١٩٨- تصدر هذه اللوائح وفقا لنص المادة ١٤٤ من الدستور، والقاعدة فيها أنها تفصل ما ورد إجمالا فى نصوص القانون، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها(١).

ولا يعد من قبيل هذه اللوائح، تفويض رئيس الجمهورية فى أن يخضع للضريبة سلعا غير التى إشتمل عليها الجدول المرافق لقانونها، أو أن يزيد فئاتها بما يعدل من نطاق سريان أحكامها ويحور بنيانها(١).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٧ -ص ٧١٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يختص بإصدار اللوائح التنفيذية –وعملا بنص المادة ١٤٤ من الدستور– غير رئيس الجمهورية أو من يفوضه فى ذلك، أو من يعينه القانون لإصدارها. وكلما عهد القانون إلى جهة بذاتها بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، فإن هذه الجهة دون غيرها هى التى تستقل بإصدارها([٢]).

الفرع الثانى
اللوائح التفويضية

١٩٩– لرئيس الجمهورية –عملاً بنص المادة ١٠٨ من الدستور– أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما فوض فيه من المسائل التى عهدت إليه السلطة التشريعية بتنظيمها، وذلك فى إطار ضابط عام، هو ألا يكون من شأن هذا التفويض، نقل الولاية التشريعية بأكملها، أو فى جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية. ذلك أن تخلى السلطة التشريعية عن ولايتها، أو نزولها عن جزء هام منها لجهة أخرى تنيبها عنها فى مباشرتها؛ يفقدها صفتها التمثيلية، ويقربها من السلطة التنفيذية إلى حد اندماجها معها، ويفيد كذلك خروجها على الدستور من خلال عزوفها عن مباشرة اختصاص نيط بها وفقاً لأحكامه.

وفى إطار هذا الضابط العام لا يجوز التفويض إلا عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية، وبشرط أن توافق السلطة التشريعية على قانون التفويض بأغلبية ثلثى أعضائها لضمان أن يظل التفويض فى حدود ضيقة لا تفريط فيها. وعلى السلطة التشريعية كذلك، أن تحدد بنفسها "<u>فى قانون التفويض</u>" نطاق المسائل المفوض فيها، وأسس تنظيمها بصورة قاطعة ينحسم بها جدل حول مضمونها وضوابط تنظيمها. ويشترط دوما أن يكون التفويض موقوتا "بزمن معين" لا يجاوزه، سواء كانت مدة التفويض محددة سلفا، أو قابلة للتحديد من خلال عناصر تيسر ضبطها. وذلك حتى لا تتحول الولاية التشريعية الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة جامحة منفلتة من عقالها.

([١]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" –جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦– قاعدة رقم ٢٣ –ص ٢٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن.

([٢]) "دستورية عليا" القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق "دستورية" –جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦– قاعدة رقم ٤٩ –ص ٣٢٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

ولا تمارس السلطة التنفيذية التفويض الصادر لها من السلطة التشريعية بعيداً عن رقابتها. ذلك أن الدستور ألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية، التدابير التى اتخذتها بناء على قانون التفويض، على أن يتم ذلك فى أول جلسة تدعى السلطة التشريعية إليها بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية عليها خلال هذا الميعاد تلك التدابير، أو عرضها، ولكن السلطة التشريعية لم تقرها، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون. بما مؤداه:

أولا: أن التفويض الصادر عن السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية مقيد بالحدود الضيقة التى تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضا، وعند الضرورة، وفى الأحوال الاستثنائية التى تقتضى تدابير ملحة. ومن ثم يتقيد اختصاص رئيس الجمهورية -وعلى الأخص- بقيدين رئيسين:

أولهما: أن التفويض لا يصدر إلا لتنظيم موضوع معين، وبشرط أن يحيط بالأسس التى يقوم عليها هذا التنظيم.

ثانيهما: أن رئيس الجمهورية لا يباشر الاختصاص المفوض فيه، إلا خلال الفترة التى يبينها قانون التفويض بصورة صريحة أو ضمنية.

فإذا خلا قانون التفويض من بيانها، وقع التفويض باطلاً لصدوره بالمخالفة للدستور ([١]).

الفرع الثالث
لوائح الضرورة

٢٠٠- حدد الدستور لكل سلطة وظائفها الأصيلة، وبين كذلك ما تباشره من مهام لا تدخل فى نطاق وظائفها هذه، وإنما تخرج عن المجال الطبيعى لنشاطها.

وهذه الأعمال الاستثنائية -والعرضية بطبيعتها- هى التى فصّل الدستور أحكامها لضمان مباشرتها فى إطار القيود التى أحاطها بها. ذلك أن فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وأن توخى أن تتولى كلا منها المهام التى اختصها الدستور بها بحكم تعلقها بالمجال الطبيعى

([١]) القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٥ -ص ٣٢٨، ٣٢٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣ -ص ٤٢٩ - ٤٣٠ من الجزء السابع.

لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يتعين أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام فى إقليمها، إزاء المخاطر التى قد تواجهها فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، ولو لم تكن هذه المخاطر مادية فى طبيعتها، بل كانت من طبيعة قانونية تقتضيها ضرورة إيفاء الدولة لالتزاماتها الحالة التى أنشأتها معاهدة دولية تعد طرفا فيها.

وعلى ضوء هذه المخاطر، وبالنظر إلى عواقبها، وبمراعاة حدتها- وهى مخاطر لا يشترط فيها أن تكون الأضرار التى تقارنها قاطعة في وضوحها، وإنما يكفى أن تلوح نذرها وأن تتخذ بالتالى شكل إرهاص بهذه المخاطر- خول الدستور رئيس الجمهورية أن يتخذ لتوقيها أو لردها على أعقابها أو لتقليص آثارها، تدابير عاجلة تناسبها.

وتلك هى حالة الضرورة التى يقوم بها مناط تطبيق نص المادة ١٤٧ من الدستور. وهى حالة تبسط عليها المحكمة الدستورية العليا رقابتها، للتحقق من وجودها أو من تخلفها. فإذا قام الدليل لديها على وجودها، كان عليها أن تنظر كذلك فى نوع ونطاق التدابير التى اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهتها، كى تفصل فى ملاءمة هذه التدابير لإنهاء المخاطر أو تخفيفها، حتى لا تتحول الرخصة التشريعية الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة مطلقة كاملة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انفلاتها([1]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣١ -ص ٢٨٨ - ٢٩٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

المطلب الثاني
نطاق سريان اللوائح وأثره على الشرعية الدستورية

الفرع الأول
القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا

٢٠١- لا تعد اللائحة قرارا إداريا تنظيميا إذا اتصل تطبيقها بمجال القانون الخاص، ولو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام.

كذلك تتحدد أوضاع أو مراكز العاملين في الدولة، على ضوء الدائرة التي تنتظمها أصلا. فإذا كان القانون الخاص يحكمها في عموم قواعده، كان هذا القانون محورها، وقاعدة بنيانها، ولو تدخل المشرع بقواعد قانونية آمرة لتنظيم بعض جوانبها.

بما مؤداه أن كل تنظيم للعلائق القانونية في دائرة بذاتها، لا يجوز أن يكون مجافيا لحقيقتها، بل يتعين دوما الرجوع إلى الأصل فيها، وأن ينظر إليها بافتراض اتساقها مع هذا الأصل([1]).

وكلما دخل مضمون هذه العلائق في منطقة القانون العام، وقام تنظيمها على قواعد مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية، توافر مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستوريتها.

ولا كذلك ما يصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص من قرارات في شأن من الشئون التي ينظمها هذا القانون، كالقرارات التي تصدرها البنوك التجارية في إدارتها لشئونها المصرفية([2]).

كذلك فإن القرار الصادر عن شركة مساهمة في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تملكها في إدارتها لشئونها، يظل واقعا في منطقة القانون الخاص؛ ولا يعتبر بالتالي قرارا إداريا

([1]) دستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٣٨ -ص ٥٦٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٠٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٧ -ص ٩٨٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٨٢ -ص ١١٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

([2]) دستورية عليا" -القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٣ -ص ٢٣١ من الجزء السابع.

-فرديا أو تنظيمياً- ولو كان المشرع قد ضبط بعض نواحى نشاطها بقواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها([1]).

والأصل فى القرارات الإدارية -فردية كانت أم تنظيمية- هو صدورها عن الجهة التى اختصها المشرع أو الدستور بإصدارها؛ واستيفائها للأوضاع الشكلية المتطلبة فيها؛ ومطابقتها فى محلها للقانون؛ وبراءتها فى بواعثها مما يحرفها عن أغراضها.

ذلك أن تنكبها عن المصلحة العامة؛ أو مجاوزتها أغراضا بذواتها رصدها المشرع عليها. مؤداه جواز النعى عليها بمجاوزة السلطة. ويعتبر ذلك عيبا غائيا أو قصديا لا يفترض، إذ هو وثيق الصلة بحقيقة الأغراض التى توختها الإدارة من وراء إصدارها القرار المطعون فيه، ويتعين بالتالى أن يقوم الدليل عليه نقيا من عيون الأوراق ذاتها([2]).

ولا شأن للرقابة القضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية، بالقرارات الإدارية الفردية مهما بلغ خطرها، أو درجة انحرافها عن حكم الدستور، أو خروجها على قواعده.

ذلك أن قراراتها هذه لا تتولد عنها غير مراكز خاصة يقتصر أثرها على أشخاص معينين بذواتهم. ولا شأن لها بالتالى بذلك المركز العام الذى يتولد عن القانون بمعناه الموضوعى([3]).

وإذ تقضى محاكم مجلس الدولة بقبول أو برفض طلب مقدم إليها فى شأن وقف تنفيذ قرار مطعون فيه أمامها، فإن حكمها فى ذلك يفيد بالضرورة فصلها فى المسائل الفرعية التى لا يستقيم

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٥ -ص ٥٩٥ من الجزء السابع.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "طلبات أعضاء"- جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٩/١، ١٠ -ص ٤٤٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

([3]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية"- جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ ص ٥٢ و ٥٣ من المجلد الثانى من الجزء الخامس. ولا تعتبر بالتالى من قبيل النصوص القانونية قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التى تضمها المحكمة الواحدة -أيا كان نوعها أو درجتها- والتى تصدر عن جمعيتها العامة عملا بنص المادة ٣٠ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن هذه القرارات لا تعتبر تشريعا أصليا أو فرعيا سواء بالنظر إلى مضمونها أو الآثار التى ترتبها، بل تتولد عنها مراكز ذاتية تخص القضاة الذين تم توزيع العمل القضائى فيما بينهم تنظيما لسواه.

"دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ -القاعدة رقم ٢٩ -ص ٢٨٣ من الجزء السادس.

نظر هذا الطلب بغير الخوض فيها؛ كتلك المتعلقة باختصاصها ولائيا ونوعيا بالفصل فى خصومة إلغاء هذا القرار المطروحة عليها؛ وكذلك فى توافر شروط قبولها أو انتفائها، فلا يكون وقفها تنفيذ القرار المطعون فيه، إلا قضاء ضمنيا باختصاصها بإلغائه([1]).

الفرع الثاني
امتناع تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية

٢٠٢- وينبغى أن يلاحظ أن القرارات الإدارية جميعها -الفردية منها والتنظيمية- لا يجوز تحصينها من رقابة القضاء، سواء تعلق الأمر بإلغائها أو بالتعويض عنها:

أ. فالقرار بقانون الصادر عن رئيس الجمهورية بإعادة تعيين أعضاء السلكين الدبلوماسى والقنصلى فى مصر وسوريا، وتحديد أقدمياتهم على أن يكون ترتيبهم فيما بينهم نهائيا، وغير قابل للطعن، يناقض حق هؤلاء فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، وفى تساويهم مع غيرهم من العاملين أمام القانون، بالمخالفة للمادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور([2]).

ب. وما قرره القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة ببعض الشركات القائمة، من تخويل لجان التقييم التى نص عليها، حق تحديد أسعار أسهم بعض الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون، توصلا لتحديد قيمة التعويض المستحق قانونا لأصحابها مقابل أيلولة ملكية أسهمهم إلى الدولة، مؤداه أنها من اللجان الإدارية -لا القضائية- فلا يجوز تحصين قراراتها من الطعن عليها أمام جهة القضاء المختصة بالفصل فيها([3]).

جـ- أن مجلس الدولة كهيئة قضائية لها استقلالها، صار بمقتضى نص المادة ١٧٢ من الدستور مختصا بولاية الفصل فى المنازعات الإدارية جميعها باعتباره قاضيها الأصيل، فلا تباشر جهة أخرى بعض جوانبها إلا فى حدود ضيقة؛ وبصفة استثنائية تكون الضرورة فى

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ قضائية "تنازع"- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٥ ص ٩١٨ من الجزء السابع.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ١٧- جلسة ٥ يناير ١٩٨٥ ص ١٠٢ وما بعدها من الجزء الثالث من أحكام المحكمة.

([3]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٧ لسنة ٦ ق "دستورية" - جلسة ١٩٨٥/٢/١٦ -قاعدة رقم ٢٣ ص ١٤٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

صورتها الملجئة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -في أوثق روابطها- مقطوع بها؛ وفي إطار قانون صادر عن السلطة التشريعية إعمالا للتفويض المخول لها بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها([1]).

إذ كان كذلك؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال إنما يشكل خصومة قضائية تدور بين السلطة التنفيذية في شأن تدابير الاعتقال التي اتخذتها من جهة؛ وبين المعتقل أو غيره الذي يتظلم من أمر الاعتقال طعنا عليه على أساس عدم مشروعيته من جهة أخرى؛ وكان المشرع قد اختص محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" دون غيرها بالنظر في أمر الاعتقال فصلا في التظلم منه؛ وكان المشرع قد كفل للمعتقل كل ضمانة قضائية يقتضيها إبداء دفاعه وسماع أقواله؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال واقعا أمام جهة قضائية تفصل في خصومة التظلم بمقتضى قرار يصدر خلال أجل محدد على أن يكون مسببا؛ وكان رفض تظلمه يخوله الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم؛ فإن محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" تكون هي الجهة التي اختصها المشرع بالفصل في التظلم باعتبارها قاضيه الطبيعي. وهي تفصل فيه فصلا قضائيا لا يحصن أمر الاعتقال -وباعتباره قرارا إداريا- من رقابة القضاء..

ومن ثم لا يكون إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى غير محاكم مجلس الدولة لضرورة قدرها المشرع، مخالفا لنص المادتين ٨٦ و ١٧٢ من الدستور([2]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١٨ قضائية "تنازع"- جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ -ص ١٥٣٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

أنظر كذلك القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٢٤٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠- قاعدة رقم ٨٣ -ص ٧١٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق " دستورية" - جلسة ١٦ يونيه ١٩٨٤ قاعدة رقم ١٤ -ص ٨٠ وما بعدها من الجزء الثالث.

ويلاحظ كذلك أن الأنزعة التى يدور موضوعها حول ما يصدر فى شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية -سواء ما أتصل منها بتحصيلهم الدراسى أو ما تعلق بامتحاناتهم- تتماثل فى طبيعتها وتتحد فى جوهرها مع الأنزعة الإدارية الخاصة بأقرانهم من طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها؛ ولا يجوز بالتالى أن يخرجها المشرع من اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر إلى دخولها أصلاً فى ولايتها باعتبارها قاضيها الطبيعى. ويتعين بالتالى أن تحكمها قواعد موحدة لا تفترض فى النظائر تخالفها فيما بينها(١).

المطلب الثالث

سلطة الإدارة فى إنشاء وتسيير المرافق العامة

٢٠٣- تتدخل الإدارة لإشباع مصالح مواطنيها من خلال المرافق العامة التى تنشئها وتبسط إشرافها عليها. وتتنوع هذه المرافق فى صور نشاطها والأغراض التى تستهدفها وتظل المرافق العامة مع تعددها وتباين صور نشاطها، واختلافها فى أهدافها، محكومة بذات القواعد التى تفصل جوهر أحكامها سواء تعلق الأمر بمفهوم المرفق العام؛ أم بالعقود التى يدخل المرفق فيها لتحقيق الأغراض التى يقوم عليها، أو بالقواعد التى تنظم شئون العاملين فيها. وفى تفصيل ذلك:

الفرع الأول

المرافق العامة من حيث ماهيتها

٢٠٤- من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن المرافق العامة إنما تتوخى إشباع أغراض بذواتها تقتضيها خصائص نشاطها التى تقدر معها الجهة التى أنشأتها -وسواء أكان تقديرها صائبا أو مخطئا- أن أشخاص القانون الخاص لا يقوون على مباشرة الأعمال التى تنهض بها، أو ينفرون منها، أو قد يديرونها وفق نظم لا تلائمها. ومن ثم تقرر هذه الجهة -وهى بالضرورة من أشخاص القانون العام- تنظيمها بما يكفل سريان نظام قانونى خاص عليها، سواء

---

(١) القضية رقم ٢٢٤ لسنه ١ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠٠٠/٩/٩- قاعدة رقم ٨٣ -ص ٧٢١ - ٧٢٢ عن المجلد الأول من الجزء التاسع.

ويلاحظ أن النص الذى أخرج هذه المنازعات من اختصاص محاكم مجلس الدولة، هو نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ الذى أسند الفصل فيها إلى لجنة ضباط القوات المسلحة -دون غيرها- منعقدة بهيئة قضائية.

فى شأن علاقتها بالعاملين فيها؛ أو على صعيد عقودها؛ أو قواعد مسئولياتها؛ أو طرق محاسبتها، أو الجهة القضائية التى تنفرد بالفصل فى منازعاتها.

وكلما تعلق الأمر بأموال هذه المرافق، فإن إداراتها تغاير أوضاع الدومين الخاص، وطرق تنظيمها. ذلك أن ماليتها تضبطها معايير جامدة تحول دون مجاوزة تقديراتها، أو استخدامها فى غير الأغراض المرصودة عليها.

وما تقدم مؤداه، أن مفهوم المرفق العام، إنما يتحدد أصلا بالنظر إلى طبيعة الأعمال التى يتولاها la notion matérielle، سواء أكان الانتفاع بها حقاً للمواطنين فى مجموعهم، أم كان مقصوراً على بعضهم.

ويفترض وجود هذا المرفق، عدداً من العناصر، أرجحها أن الأعمال التى ينهض المرفق بها، ينبغى أن تتصل جميعها -من جهة غايتها- بالمصلحة العامة؛ وأن يكون إشباعها مكفولاً أصلا من خلال وسائل القانون العام les procédés de droit public؛ ومقتضياً تدخلاً من أحد أشخاص هذا القانون، سواء قام عليها ابتداء، أو عهد بها إلى غيره.

بيد أن شرط المصلحة العامة، وإن كان كامناً فى فكرة المرفق العام، ويعتبر مفترضاً أولياً لوجوده، إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. ذلك أن المشروع قد يكون اقتصادياً متوخياً إشباع أغراض لها صلة وثقى بهذه المصلحة، ولا يعتبر مع هذا مرفقاً عاماً. وإنما يكون المشروع كذلك إذا استهدفها، وكان تحقيقها قد تم من خلال تدخل أحد أشخاص القانون العام إيجابياً فى الشئون التى يقوم عليها، وليس لازماً أن يكون هذا التدخل عن طريق الاستغلال المباشر.

وإعمال هذه العناصر على ضوء القضاء المقارن، يؤكد اطراده على أن الأعمال التى تفقد اتصالها بالمصلحة العامة Etrangée a l'interet public وكذلك تلك التى تكون ربحيتها le but lucratif غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرفقاً عاماً؛ على تقدير أن هذه المرافق لا تباشر نشاطها أصلا إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام.

وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الأفضل التركيز على لجوئها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال؛ فإن إدارة أموال الدومين الخاص la gestion domaniales تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه

الأموال مشبهة -فى خصائصها ونظامها القانونى- بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلا إلا بوسائل القانون الخاص التى تلائم أغراض استخدامها واستثمارها.

وما تقدم مؤداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يباشرها l'objer de service؛ ومردودها Rentabilité؛ ونظم إداراتها Fonctionnement، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق le sens matériel ou objectif إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤديها، ولا يجوز بالتالى أن يختلط بالجهة التى تقوم على إداراتها le sens organique ou formel فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص([1]).

الفرع الثانى
سلطة المرافق العامة فى توقيع الحجز الإدارى لاقتضاء حقوقها

٢٠٥- تتوخى القواعد التى تضمنها قانون الحجز الإدارى، أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل ميسرة تمكنها من تحصيل حقوقها -وعلى الأخص تلك التى تقابل أعمالاً بذلتها أو تدابير اتخذتها- فلا يتقيد اقتضاؤها جبراً عن مدينيها بالقواعد التى فصلها قانون المرافعات المدنية والتجارية فى شأن التنفيذ الجبرى. وإنما تعتبر استثناء منها، وامتيازاً مقرراً لصالحها يجعلها دائما فى مركز المدعى عليه. ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديدها لمقدارها، يعتبر سنداً تنفيذياً بها، يغنيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها.

فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينيها، بل يكون قرارها بالحقوق التى تطلبها منهم، سابقاً على التدليل عليها من جهتها Du privilége prealable، وناقلاً إليهم مهمة نفيها.

وتقتضى الطبيعة الاستثنائية لقواعد الحجز الإدارى، أن يكون نطاق تطبيقها مرتبطاً بأهدافها، ومتصلاً بتسيير جهة الإدارة لمرافقها.

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية"- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨-قاعدة رقم ٩٨- ص ١٣١١ و١٣١٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

فلا يجوز نقل هذه القواعد إلى غير مجالها، ولا إلباسها ثوباً مجافياً لحقيقتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن الديون التى تدعيها تعامل بافتراض ثبوتها فى حق من تراهم ملتزمين بها أو مسئولين عنها.

وإذا جاز هذا الافتراض فى شأن ديون تطلبها جهة الإدارة لنفسها، وتقتضيها بوسائل استثنائية فى طبيعتها، تجاوز بها ما يكون مألوفاً من صور التعامل فى علائق الأفراد بعضهم ببعض، إلا أن بسطها وتقرير سريانها فى شأن ما ينشأ عن العمليات المصرفية التى تباشرها البنوك من ديون تدعيها قبل عملائها -والأصل فيها التحوط لأدلتها، وتهيئتها وتوثيقها؛ وتكافؤ أطرافها فى مجال إثباتها ونفيها- مؤداه إلحاق نشاطها -فى هذا النطاق- بالأعمال التى ينهض عليها المرفق العام؛ واعتبارها من جنسها. وإخضاع تحصيل الديون التى تطلبها من عملائها -ودون مقتض- لقواعد تنافى بصرامتها، مرونة عملياتها وتجاريتها، واطمئنان عملائها إليها فيما يحصلون عليه من ائتمان منها.

ذلك أن الأعمال التى تقوم عليها البنوك بوجه عام، تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التى تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار، وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها.

وأعمالها هذه -وبالنظر إلى طبيعتها- تخضعها لقواعد القانون الخاص. وهى تباشرها بوسائل هذا القانون، ولو كان رأس مالها مملوكا -كليا أو جزئيا- للدولة.

إذ لا صلة بين الجهة التى تملك أموالها، وموضوع نشاطها؛ ولا بطرائقها فى تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها غرضا نهائيا تتغياه، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها([1]).

الفرع الثالث
جواز الحجز على أموال المرافق العامة

٢٠٦- تعتبر أموال المدين جميعها ضمانة للوفاء بديونه. والدائنون متكافئون فى هذا الضمان، إلا أن من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. وللدائن بالتالى أن يتخذ فى شأن أموال مدينه، الطرق التحفظية والتنفيذية اللازمة لاقتضاء حقوقه منها. ولئن كان المشرع قد جرى أحياناً

([1]) الحكم السابق ص ١٣١٣- ١٣١٤ من الحكم السابق.

على استثناء بعض الأموال من الحجز عليها، كتقريره عدم جواز الحجز على أدوات المرفق العام اللازمة لسيره لزوماً حتمياً، إلا أن هذا الاستثناء يظل منحصراً فى دائرتـــه الضيقــة، ومقيــداً بدوافعه.

ولا يجوز بالتالى أن يمتد إلى غير الأموال التى تعلق بها، ولو كــانت الاعتبــارات التــى وجهته فى حالة بذاتها، متوافرة فى حالة أخرى لا نص عليها.

إذ كان ما تقدم، وكان المشرع -تقديراً منه لأهمية دور بعض الهيئات ذات النفع فى مجــال رعاية النشء وتنمية ملكاته، وتأهيله للنهوض بمسئولياته، وتحمل تبعاتها فى سبيل الارتقاء بأمتــه ودعم مكانتها فى أكثر الميادين أهمية- قد خوّل على هذه الهيئات -ومن أجل تمكينها من مباشــرة أغراضها- جانباً من خصائص السلطة العامة؛ وكان الأصل فى هذه الهيئات أنها تباشر نشـــاطها بوصفها من أشخاص القانون الخاص، ملتزمة فى إدارتها لشئونها بوسائل هذا القانون؛ فـــإن مـــا تمتع به من امتيازات السلطة العامة، لا يدمجها فى أشخاص القانون العام؛ ولا يجعلها جزءاً مـــن تنظيماتها.

وما كان المشرع ليجردها من مزاولة بعض مظاهر السلطة العامة اللازمة لمباشرة نشاطها وإلا حال بينها وبين أداء رسالتها؛ وكان المشرع قد كشف كذلك عن حقيقة هذه الهيئات فاعتبرهــا من الهيئات الخاصة؛ فإن أموالها -وبالضرورة- تكون من الأموال الخاصة التى يجــوز -فــى الأصل- الحجز عليها واقتضاء الحقوق منها.

وما قرره المشرع من أن أموال هذه الهيئات تعتبر من الأموال العامة؛ فى تطبيــق أحكــام قانون العقوبات، يدل لزوماً على أن أموالها لا تندرج أصلا تحت الأموال العامة، وإنمــا ألحقــها المشرع مجازاً بها، واعتبرها حكماً جزءاً منها، فى مجال تطبيق النصوص العقابية التى فرضتــها لحماية الأموال العامة، متوخياً بذلك صون أموال هذه الهيئات من العبث بها وإحكام الرقابة عليها، وزجر المتلاعبين فيها، مع بقائها -فى غير هذا المجال- من الأموال الخاصة التى يجوز للدائـــن اقتضاء حقه منها، حال الامتناع عن الوفاء به اختياراً[1].

---

[1] القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ أبريل ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

الفرع الرابع
العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة

٢٠٧- تتصل العقود الإدارية بنشاط المرافق العامة فى مجال تسييرها أو تنظيمها أو تطويرها. بيد أن المحكمة الدستورية العليا، تركز على وسائل القانون العام فى مجال تحديدها لفواصل التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص التى تدخل الإدارة فيها. ذلك أن الإدارة لا تبرم العقود الإدارية وفق الأوضاع ذاتها التى يرتضيها المتعاقدون فى عقود القانون الخاص. ولكنها تظهر فى العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة. وهى تفصح عن سلطتها هذه من خلال تضمينها العقد شروطا استثنائية لا يألفها الأفراد فيما يدخلون فيه من روابط القانون الخاص، تقديراً بأن هذه الشروط هى التى تؤكد بها جهة الإدارة انتهاجها لوسائل القانون العام التى تبلور بذواتها خصائص السلطة العامة وامتيازاتها، فلا يتكافأ مركزها -بعد اللجوء إليها- مع المتعاقدين معها([1]).

٢٠٨- وتردد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن الأصل فى العقود هو طبيعتها المدنية التى لا يجوز الخروج عليها إلا فى الأحوال الاستثنائية التى تفصح بها جهة الإدارة عن نيتها فى انتهاج وسائل القانون العام فى شأن العقود التى تبرمها، وعلى الأخص من خلال امتيازاتها التى تباشرها قبل المتعاقد معها، أو عن طريق تخويلها هذا المتعاقد جانبا من سلطاتها لاستخدامها فى تيسير وتنظيم مرفق عام كان ينبغى أن تقوم أصلا عليه.

فلا تكون هذه الوسائل الاستثنائية فى طبيعتها، إلا تعبيرا عن خصائص السلطة العامة التى لا تتكافأ معها فى العقود مصالح أطرافها، بل تكون المصلحة العامة مدخلها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التى تقارنها أو تتصل بها، على ما سواها([2]).

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "تنازع" -جلسة ٧ يونيه ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٤- ص ١٥١٣ من الجزء الثامن.

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية " تنازع" -جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٥ -ص ١٥٢١ من الجزء الثامن.

الفرع الخامس
عمال المرافق العامة
أولاً:
ضوابط شغل الوظيفة وضماناتها

٢٠٩- يعتبر الحق في العمل مدخلا إلى تولى الوظيفة. ومن ثم حرص الدستور على ضمان هذا الحق باعتباره وثيق الصلة بالحق فى الحياة، وبضرورة صون الحرية الشخصية من القيود التى ترهقها دون مقتض؛ وبتكامل الشخصية وتناميها؛ وبالقيم الخلقية التى يقوم عليها التضامن الاجتماعى، وبحق الناس جميعهم فى تطوير الجماعة التى يعايشونها وإثراء ملامحها.

ولا يجوز بالتالى التمييز فى مجال شروط مباشرة العمل إلا وفق الضرورة التى تقتضيها الضوابط الموضوعية اللازمة لتنظيمه، وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التى ينبغى أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بيئتها. ذلك أن شروط أداء العمل، لا يجوز انتزاعها من محيطها، ولا تحريفها عن أهدافها.

واعتبار العمل حقا وفقا لنص المادة ١٣ من الدستور، مؤداه أن الشروط التى يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سويا على قدميه، ولا يتصور وجوده فى غيبتها.

ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذى نشأ مرتبطا بها، مكتملا وجودا بتحققها، وهى بعد شروط موضوعية يعتد بها فى تقدير أجر العمل، وكذلك فى تحديد الأحق بالحصول على المزايا التى يرتبها، وأشكال حمايتها، ووسائل اقتضائها([1]).

ويعتبر من مزايا العمل وسواء تعلق بنشاط يباشره مرفق عام، أم كان واقعا فى منطقة القانون الخاص، ما تقيمه بعض الجهات لموظفيها أو عمالها من مساكن يأوون إليها، كى توفر بها ظروفا أفضل لأداء ما نيط بهم من أعمال.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٩٧ -ص ١٢٩٠ - ١٢٩٢ من الجزء الثامن.

فلا يشغلها هؤلاء بعد انقطاع صلتهم بجهة عملهم، وزوال حقهم فى الأجر. وإنما يكون لـها أن تتسلمها منهم، حتى توفرها لعمال آخرين ينهضون بالأعمال ذاتها أو بغيرهـا، فـلا تتعـثر خطاها.

وما ذلك إلا استصحابا لأصل مقرر فى شأن روابط العمل مؤداه أنها غير مؤبدة بطبيعتـها، وأن مآلها بالتالى إلى زوال؛ إما باستكمال الأعمال موضوعها، أو بانتهاء المدة المحددة لإتمامها.

فلا تبقى بعد انتهاء رابطة العمل الحقوق التى أنتجتها، ولا المزايا التى كفلتـها، ويندرج تحتها أماكن دبرتها جهة العمل لسكنى عمالها، فلا يستقيم بقاؤهم فيها بعد انتهاء عملهم.

ذلك أن انتهاء عقد العمل يفيد بالضرورة انقضاء الحق فى الأجر بكل العناصر التى يشتمل عليها، والتى يندرج تحتها تخصيص جهة العمل مساكن لعمالها، بما يحول دون احتفاظهم بها بعد انتهاء خدمتهم. لا تمييز بينهم فى ذلك، إذ تنتظمهم جميعا القواعد ذاتها والأسس عينها، فلا تتباين تطبيقاتها، بل تتحد ضوابطها([1]).

ثانيا

بين الترقية بالاختيار والترقية بالأقدمية

٢١٠- كذلك، فإن الأصل أن يكون لكل وظيفة حقوقها وواجباتها، فلا تقابل مزاياها بغـير مسئوليتها، ولا يكون وصفها وترتيبها، منفصلا عن متطلباتها التى تكفل للمرافق حيويتها واطـراد تقدمها، وقابلية نظمها للتعديل وفق أسس علمية قوامها التخطيط المرن وحرية التعبير.

فلا تتعثر أعمال الوحدة الاقتصادية أو الإدارية أو تفقد اتصال حلقاتها ببعض، أو تدرجـها فيما بينها.

بما مؤداه أن لكل وظيفة تبعاتها، فلا يشغلها إلا من يستحقها على ضوء طبيعة الأعمال التى تدخل فيها، والمهارة والخبرة اللازمة لها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٩٥ لسنة ١٨ ق دستورية- جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٠ -ص ٨٩٥ - ٨٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون التعيين فى وظيفة بذاتها، أو الترقية منها إلى ما يعلوها، مجرد تطبيق حرفى لمقاييس صماء، لا تأخذ فى اعتبارها خصائص كل وظيفة ومرتبتها، والحد الأدنى للتأهيل لها، وغير ذلك من مقوماتها الموضوعية([1]).

وتمثل الترقية بالاختيار فى مفاهيم الدول المتحضرة، انحيازا إلى الأصلح والأكثر عطاء.

ومن ثم تعتبر أسلوبا ملائما لتولى مهام أعمال بعينها، تكون بالنظر إلى أهميتها وموقعها من الهيكل التنظيمى للوحدة الاقتصادية أو الإدارية، مؤثرة إلى حد كبير فى نشاطها، وتحقيق الأغراض التى تقوم عليها.

ولا يجوز بالتالى أن يعهد بهذه الأعمال لغير من يؤدونها بحقها من خلال جهد خلاق يتفاعل مع مسئولياتها؛ ويقابل بالتحليل الموضوعى ما يطرأ فى العمل من مشكلاتها.

وعلى سلطة التعيين أن تفاضل بين المتزاحمين على وظيفة بعينها، على ضوء أصلحهم للنهوض بها وفق ملكاتهم العقلية والنفسية والخلقية؛ وبافتراض أنهم لا يتحدون فى كفايتهم لتوليها؛ وأن لبعضهم من عناصر الامتياز والتفوق ما يرجحهم على غيرهم؛ وأن تقدير هذه العناصر لتحديد من يكون من بينهم أجدر بها، وأحق بالتعيين أو الترقية إليها، عملية موضوعية لا تصدر فيها الجهة التى تتولاها عن أهوائها. بل عليها أن تزن عناصر التقييم جميعها بميزان الحق والعدل، وعلى ضوء نظرة واقعية ترتبط بخصائص الوظيفة ومتطلباتها، وإلا كان قرارها مشوبا بإساءة استعمال السلطة([2]).

ولا كذلك أن تكون الترقية بالأقدمية التى لا يعتد فيها بغير مدة الخدمة الفعلية -لا الفرضية- التى قضاها العامل قائما بأعباء عمله أو وظيفته. ذلك إنها تناقض بطبيعتها الترقية بالاختيار.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٣/١٥- قاعدة رقم ٣١ -ص ٥٠٠ - ٥٠٢ من الجزء الثامن.

([2]) ص ٥٠٢ - ٥٠٣ من الحكم السابق.

وغايتها ألا يتقدم من كان طارئاً على الوظيفة، على من نهض بأعبائها قبله، وعلى تقديـر أن من باشر العمل فعلا، أولى بالنظر ممن اعتبر قائما به حكما، وبمراعاة أن تقديم زميل علـى آخر لأقدميته، إنما يكون في وظيفة من الدرجة نفسها فى الجهة ذاتها([1]).

ثالثا
ملاحقة القائمين بالعمل العام من خلال الإدعاء المباشر

٢١١- ينص البند ثانيا من الفقرة /٣ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للمدعي بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة عن طريق تكليفه لخصمه مباشرة بالحضور أمامها إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام، أو أحد رجـال الضبـط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها فـى المـادة ١٢٣ من قانون العقوبات([2]).

ويعتبر البند ثانيا استثناء من الحق المقرر لكل شخص فى أن يقيم نفسه مدعيـاً بـالحقوق المدنية طلبا للتعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الجريمة. وإذ كانت المدعية فى الخصومـة الدستورية تتوخى أن تلاحق موظفا -من خلال الإدعاء المباشر- عن جريمة أرتكبها أثناء تأديـة وظيفته لتعويضها عن الأضرار المباشرة التى ألحقتها هذه الجريمة بها، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعها بعدم دستورية هذا البند باعتباره حائلاً بينها وبين اقتضـاء الحقـوق التـى تطلبها فى النزاع الموضوعى؛ وكانت المدعية قد قررت فى منعاها على ذلك البند، أنـه صـادر -بغير مبرر- حق الناس فى ملاحقة الجناة أمام القضاة بما أضفاه من حصانة علـى الموظفيـن والمستخدمين ورجال الضبط. وهم فئة بعينها قصد أن يعطل مساءلتهم قضائيا عن الجرائم التـى حددها، دون أن يستند فى ذلك لغير صفاتهم، متذرعاً بوقوع جرائمهم هذه أثناء تأديتهم لوظائفـهم

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- قـاعدة رقـم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٣ من الجزء الثامن.

([2]) تعاقب المادة ١٢٣ من قانون العقوبات كل موظف عمومى استعمل سلطة وظيفته فى وقـف تنفيـذ الأوامـر الصادرة من الحكومة، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو قرار صادر من المحكمـة. وكذلك إذا امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر.

أو بسببها؛ إلا أن منعاها ذاك لم يحظ بقبول من المحكمة الدستورية العليا التي خلص حكمها في دعواها إلى رفضها، مستنداً في ذلك إلى ما يأتي:

أولا: أن ما تنص عليه المادة ٧٠ من الدستور من أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون؛ يعني أن الادعاء المباشر ليس استصحاباً للأصل في الدعوى الجنائية؛ وإنما هو استثناء من قواعد تحريكها، تقديراً بأن النيابة العامة -وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية- هي التي تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

كذلك فإن تفويض الدستور السلطة التشريعية في تحديد الأحوال التي لا تقام الدعوى الجنائية فيها بأمر من جهة قضائية، مؤداه جواز تضييقها لنطاق الحق في الادعاء المباشر وفق شروط موضوعية لا يناقض تطبيقها حكماً في الدستور.

ثانيا: وازن المشرع -في نطاق الحق في الادعاء المباشر- بين أمرين، أولهما: الضرورة التي يقتضيها استعمال هذا الحق في إطار الأغراض التي شرع لها([1])؛ وثانيهما: الأضرار التي ينبغي توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتنكبها؛ فرجح ثانيهما على أولهما، تقديراً بأن الأضرار التي ترتبط بإساءة استعمال الحق في الادعاء المباشر، يكون دفعها أولى؛ ولا يجوز بالتالي أن تتقدمها مزاياه.

ذلك أن القائمين بالعمل العام -الذين حال المشرع دون أن يكلفهم المدعي بالحقوق المدنية بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية- لا يباشرون أعمال وظائفهم بعيداً عن مصالح المواطنين الذين يلجون أبوابهم لقضاء حوائجهم. بل يتردد موقفهم من طلباتهم بين تلبيها أو معارضتها بحق؛ مما يثير غرائز النفس البشرية ونزاوتها التي كثيراً ما تجنح مع سوء ظنها إلى التجريح نأيا عن موازين الحق والعدل، فلا يكون شططها وضيقها بالقائمين على العمل العام إلا تجنيا وافتراء، يقترن -في الأعم- بالتطاول عليهم للحط من قدرهم، ونيلا من اعتبارهم؛ لتهن عزائمهم فلا يثابرون على أعمالهم بالهمة الكافية، وإنما يقصرون فيها قعوداً عنها، أو يتنصلون منها نكولا عن

([1]) الحق في الادعاء المباشر طريق رسمه القانون لمواجهه تخلي النيابة العامة أو تقاعسها عن رفع الدعوى الجنائية، دون مقتض، وهو بذلك نوع من الرقابة على تصرفاتها.

مسئوليتها، ووجلا من محاسبتهم بسببها، مما يصرفهم عن الأداء الأقوم لها، لاسيما وأن المشرع قد اختصهم بجرائم قصرها عليهم، وغلظ عقوباتها فى شأنهم حملاً لهم على القيام بواجباتهم فى الصورة الأدق لها.

ولا يجوز بالتالى أن ينفرط اطمئنانهم إذا كان لكل مدع بالحقوق المدنية أن يلاحقهم جنائيا عن جرائم يتهمهم بارتكابها، ولو تعثر الدليل عليها أو كان متخاذلاً، متدثراً زيفا بـرداء الحق، ليقوض بذلك سكينتهم ما بقى الاتهام الجنائى مسلطا عليهم، موهنا عزائمهم، ملقيا عليهم ظلالا من الشبهة التى تنال من سمعتهم.

وكان على المشرع بالتالى أن يرد عنهم -بالنص المطعون فيه- غائلة عدوان أكثر احتمالاً وأدنى إلى الوقوع،ضماناً لأن يتقيد الحق فى الادعاء المباشر، بالأغراض التى شرع من أجلها، فلا ينقلب عليها([1]).

ثالثاً: أن إسقاط الحق فى الإدعاء المباشر فى الحدود التى بينها النص المطعون فيه، لا يتوخى حماية القائم بالعمل العام، بل صون الوظيفة العامة مما يعطل أو يحد من جريان شئونها وانتظامها بما يحقق أهدافها، فلا يعرقل تدفقها قيد ينافى واجباتها..

رابعاً: أن الدعوى الجنائية لا يحركها الادعاء المباشر إلا طلباً لحقوق مدنية بطبيعتها. والأصل أن ترفعها عند إنكاره فى جرائم بذواتها،الجهة التى تختص بها أصلا، شأن الجرائم التى يرتكبها القائمون بالعمل العام أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها فى ذلك،شأن غيرها من الجرائم.

وهو ما يعنى أن هؤلاء لن يفلتوا من المسئولية الجنائية عن أفعالهم التى أثمها المشرع، بل تظل محاسبتهم عنها -إذا قام الدليل عليها- حقاً للنيابة العامة فى إطار اختصاصاتها الأصيلة.

([1]) تقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٩ لسنه ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨/٤/١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٢٦٢ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، من أن الدستور لم يخول حق الادعاء المباشر إلا فى حالة بذاتها هى التى يقوم فيها المحكوم له بطلب التعويض المدنى عن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائى أو تعطيل تنفيذه -وهى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٧٢ من الدستور- وفيما عدا هذه الحالة، فقد فوض الدستور -بنص المادة ٧٠ منه- المشرع فى تحديد الأحوال التى تقام فيها الدعوى الجنائية عن غير طريق الجهة القضائية. ويندرج تحتها الحق فى الادعاء المباشر.

خامسا: أن حظر الادعاء المباشر فى الجرائم المشار إليها فى البند ثانياً من الفقرة/٣ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية، لم يقصد إلى إفراد المتهمين بارتكابها بمعاملة استثنائية يعلون بها على غيرهم؛ ولا أن يمنحهم ميزة يؤثرهم بها على سواهم من المتهمين.

بل تغيا هذا الحظر ضمان الأداء الاقوم للعمل العام، وأن يكون الطريق إليه غير محاط بعوائق تحول دونه، أو تدعو إلى التردد فى القيام به توقيا للمسئولية عنه. فلا ينال من حسن أدائه، متخرصون يعطلون سيره إفكاً. وإذ حظر المشرع فى الجرائم التى عينها، الحق فى الإدعاء المباشر على ضوء ما تقدم، فإن هذا الحظر يكون قائما على أسس موضوعية تنتظم المخاطبين به، وبما لا إخلال فيه بتساويهم أمام القانون([1]).

رابعا
حق العامل فى أجازة سنوية

٢١٢- أن ما تغياه المشرع من ضمان حق العامل فى أجازه سنوية بالشروط التى حددها، هو أن يستعيد العامل من خلالها قواه المادية والمعنوية.

ولا يجوز بالتالى أن ينزل العامل عنها، ولو كان هذا النزول ضمنيا بالامتناع عن طلبها.

وهو ما تردد بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ من قانون العمل التى يدل حكمها على أن هذه الأجازة فريضة اقتضاها المشرع من كل من العامل ورب العمل، فلا يملك أيهما إهدارها، ولا أن يدعى العامل أنه بالخيار بين طلبها أو تركها؛ وإلا كان التخلى عنها إنهاكاً لقواه، وتبديداً لطاقاتها مؤذناً بوهنها ثم اندثارها؛ وإضراراً بمصلحة العمل ذاتها التى يتعذر صونها مع الاستمرار فيه دون انقطاع.

وهو ما يعنى أن الحق فى الأجازة السنوية يتصل بقيمة العمل وجدواه؛ وينعكس بالضرورة على كيان الجماعة، ويمس مصالحها العليا صونا لقوتها الإنتاجية البشرية.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/١/٤- قاعدة رقم ١٦-ص ٢٣٥ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يعتبر طلب العامل أجازته السنوية، منشئا للحق فيها، ولا تخليه عنها مسقطا لهذا الحق. فليس للعامل خيار فى أن يفيد منها أو يعرض عنها، ذلك أن نص القانون مصدر مباشـــر لــها، ويبطل بالتالى كل اتفاق على خلافها لخروجه على قاعدة قانونية آمرة. بل إن ما يقابل الأجـــازة التى حصل العامل عليها، من الأجر المقرر لها، يتعين أن يكون حقا مكفولا لكل عامل، وإلا أحجم عنها.

وإذ دل المشرع بالفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، على أن العامل لا يجـوز أن يتخذ من الأجازة السنوية "وعاء ادخاريا" من خلال ترحيل مددها التى تراخى فى استعمالها –وأيا كان مقدارها– ثم تجميعها ليحصل العامل بعد انتهاء خدمته على ما يقابلها مـــن الأجـــر؛ وكـــان ضمان المشرع لمصلحة العمل ذاتها، قد اقتضاه أن يرد على العامل سوء قصده، فلـــم يجـــز أن يحصل على أجر عن هذا الرصيد، إلا عن مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر؛ وهى بعد مدة قدر المشـــرع أن قصرها يعتبر كافلا للأجازة السنوية غاياتها.

إلا أن هذه المدة التى حدد المشرع أقصاها، ينبغى أن يكون سريانها مقصورا علـــى تلـــك الاجازة التى قصد العامل إلى عدم الانتفاع بها من أجل تجميعها.

فإذا كان تفويتها منسوبا إلى رب العمل؛ ومنتهيا إلى الحرمان منها فيمـــا يجـــاوز ثلاثـــة الأشهر؛ كان مسئولا عنها بكاملها.

ويجوز للعامل عندئذ أن يطلبها جملة أيا كان مقدارها، إذا كان تنفيذ ذلك عينا ممكنـــا؛ وإلا تعين أن يعوض عنها بما يعادل –وعلى الأقل– أجره عن كامل هذا الرصيد أيا كان مقداره؛ ذلـــك أن المدة التى امتد إليها الحرمان من استعمال تلك الأجازة، سببها إجراء اتخذه رب العمل، وعليـــه أن يتحمل تبعته.

ولئن كان الدستور قد خول السلطة التشريعية بنص المادة ١٣، تنظيم حق العمل، إلا أنها لا يجوز أن تعطل جوهره؛ ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطئا لإهدار حقوق يملكـــها، وعلـــى الأخص تلك التى تتصل بالأوضاع التى ينبغى أن يمارس فيها؛ ويندرج تحتها الحق فى الأجـــازة السنوية التى لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها؛ وإلا كان ذلك منها عدوانا علـــى سلامته صحيا ونفسيا؛ وإخلالا بأحد التزاماتها الجوهرية التى يعتبر نص القانون مصدرا مباشـــرا

لها، والتى لا يجوز كذلك للعامل أن يسقطها؛ واستتارا بتنظيم حق العمل للحد من مـــداه؛ وكـــان نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، لا يرخص للعامل بأن يضم من مدد الأجـــازة السنوية التى قام بتجميعها ما يزيد عن ثلاثة شهور، حماية منها للعامل حتى لا يبدد قواه؛ وكـــان أكثر ما يهدد العامل أن تتذرع جهة العمل بواجبها فى تنظيمه لتحول دون حصول العامل علـــى أجازة يستحقها؛ فإن حرمانها العامل منها -وفيما يجاوز الأشهر الثلاثـــة التـــى حددتـــها الفقـــرة المطعون عليها- يعتبر تفويتا لحق العامل فيما يقابلها من تعويض يتحدد مداه بقدر الأضرار التـــى رتبها هذا الحرمان -المادية منها والمعنوية- وبمراعاة أن الحق فى هذا التعويض مـــن الحقـــوق الشخصية التى تكفلها المادتان ٣٢ و٣٤ من الدستور اللتان جرى قضاء هـــذه المحكمـــة علـــى اتساعها للأموال بوجه عام، وانصرافها بالتالى إلى الحقوق الشخصية والعينية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

خامسا
حق الجمع بين الأجر والمعاش(١)

٢١٣ - تؤسس المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة على دعامتين:

أولاهما: أن العمل، ليس ترفا ولا يمنح تفضلا. وما نص عليه الدستور فى الفقرة الأولـــى من المادة ١٣ من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكـــون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محددا وفق شروط موضوعية مناطـــها مـــا يكـــون لازمـــا لإنجازه.

وقد شرط الدستور -بالفقرة الثانية من المادة ١٣- اقتضاء الأجر العادل حتى فى الأحـــوال التى يفرض العمل فيها جبرا على العامل؛ وكان الإسهام فى الحياة العامة قد غدا واجبا وطنيا وفقا لنص المادة ٦٢ من الدستور؛ وكان على الجماعة كذلك -وعملا بنص المادة ١٢ من الدســـتور- أن تعمل على التمكين لقيمها الخلقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة؛ فإن الوفاء بالأجر عن عمل

---

(١) القضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٦/٧- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٥٣ وما بعدها مـــن الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قـــاعدة رقـــم ١٥ -ص ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

تم أداؤه فى نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها بها، وحدد الأجر من خلالها، يكون بالضرورة أولى بحماية الدستور وأجدر.

ثانيهما: أن الدستور وإن كفل للمشرع -بنص المادة ١٢٢- الاختصاص بتقرير القواعد القانونية التى توفر للمواطنين احتياجاتهم الضرورية التى يتحررون بها من العوز، وينهضون معها بمسئوليتهم قبل أسرهم، بما فى ذلك قواعد تحديد مرتباتهم ومعاشاتهم وتعويضاتهم وإعاناتهم ومكافآتهم، مع بيان أحوال الاستثناء منها، والجهات التى تتولى تطبيقها؛ إلا أن التنظيم التشريعى للحقوق التى كفلها المشرع فى هذا النطاق، يكون مجافيا أحكام الدستور، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها، بما فى ذلك الحق فى معاشاتهم التى توافر أصل استحقاقها. ذلك أن حرمانهم منها ينافى تقيد الجهة التى تقررت عليها بها.

وهو ما تؤكده قوانين التأمين الاجتماعى على تعاقبها. إذ يبين منها أن المعاش الذى تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر التزاما ترتب بنص القانون فى ذمة الجهة المدينة.

وإذا كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد فى اتجاه دعم التأمين الاجتماعى، حين ناط بالدولة أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية -الاجتماعية منها والصحية- بما فى ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم فى الحدود التى يبينها القانون؛ فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعى-التى يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها- هى التى تكفل معاملتهم -وكحد أدنى- بصورة إنسانية لا تمتهن فيها آدميتهم وبما يوفر كذلك لحريتهم الشخصية مناخها الملائم، ويصلهم بالحق فى الحياة من خلال تدفق روافدها.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون حق المتقاعدين فى معاشاتهم التى قام الدليل على استحقاقهم لها، نافيا لحقهم فى الأجر عن أعمال جديدة دخلوا فيها بعد تقاعدهم، ذلك أن اجتماع هذين الحقين ليس فقط متصورا، بل هو كذلك ضرورة قانونية بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا.

فبينما يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا للحق فى المعاش؛ فإن الحق فى الأجر يرتد فى مصدره المباشر إلى ذات رابطة العمل الجديدة.

كذلك يقوم الحق فى المعاش -وفقا للقواعد التى تقرر بموجبها، وتحدد مقداره على ضوئها، عن مدد خدمة أمضاها أصحابها فى الجهة التى كانوا يعملون بها، وأدوا عنها حصصهم فى التأمين الاجتماعى.

ولا كذلك الأجور التى يستحقونها من الجهة الجديدة التى تعاقدوا معها على العمل بها. ذلك أن هذه الأجور تقابل جهدهم المشروع فيها، وهى كذلك باعثهم إلى التعاقد معها. فلا يكون أداء العمل بها غير مصدر للحق فى اقتضاء هذه الأجور.

ولا يجوز القول كذلك بأن المشرع عامل الأجر باعتباره بديلا عن المعاش. ذلك أن الالتزام لا يكون بديلا إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلى. وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البدل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلى.

ولا كذلك اجتماع المعاش والأجر؛ ذلك أن الالتزام بهما لا ينشأ فى ذمة مدين واحد. ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما.

فضلا عن اختلافهما مصدرا؛ ومن ثم ينحل العدوان على أيهما إخلالا بالملكية الخاصة التى كفل الدستور أصل الحق فيها.

سادسا

مرافقة أحد الزوجين للآخر(١)

٢١٤- كان نص المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، يقضى بما يأتى:

"مع مراعاة حسن سير العمل فى القسم وفى الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس فى إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له فى السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل. ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأى مجلس القسم المختص".

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٧- ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وقد طلب أستاذ بجامعة المنوفية، الترخيص له بالسفر لمرافقة زوجته المتعاقدة بالسعودية، إلا أن رئيس هذه الجامعة، رفض منحه هذا الترخيص بناء على السلطة التقديرية التى يملكها وفقا لنص المادة ٨٩ المشار إليها.

فدفع الزوج بعدم دستوريتها أمام قاضى الموضوع، ثم أقام دعواه الدستورية بعد تقدير جدية دفعه فى النزاع الموضوعى.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة ٨٩ المشار إليها تأسيسا من جهتها على دعامتين:

أولاهما: أن الزوجين -ومن خلال الأسرة التى كوناها- يمتزجان فى وحدة يرتضيانها، يتكاملان بها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها، مؤكدا حق الشريكين فيها، فى أن يتخذا من خلالها أدق قراراتها وأوثقها اتصالا بمصائرها، بما يصون لحياتهما الشخصية أعمق أغوارها، لتظهر الحياة العائلية فى صورها الأكثر تآلفا وتراحما.

وتعين بالتالى ألا ينفصل الحق فى تكوين أسرة، عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما يكفل وحدتها، ولا يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها، والتى لا زال الدين يشكلها فى الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص فى مجال اختيار أنماط الحياة التى يقبلها أفراد كل أسرة، ويرتضونها طريقا لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها.

ثانيتهما: أن البند الأول من المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة، جرد الجهة الإدارية من سلطتها التقديرية فى شأن منح الأجازة الخاصة التى يطلبها الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو الدراسة مدة ستة أشهر على الأقل، على ألا تجاوز هذه الأجازة مدة بقاء الزوج فى الخارج، سواء كان الزوج المسافر من العاملين فى الحكومة أو فى القطاع العام أو الخاص.

وفيما عدا هذه الحالة التى يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة، فإن منح العامل أجازة خاصة للأسباب التى يبديها -وعلى ما ينص عليه البند الثانى من

المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة- يكون راجعا لتقدير جهة العمل. بما مـــؤداه أن هذا القانون وازن بوضوح بين مصلحة العامل المتزوج فى صون أسرته وبين حسن سير العمل. فلم يجز البند الأول من المادة ٦٩ من ذلك القانون تمزيق أوصال الأســرة أو تشـتيتها وبعـثرة جهودها وتنازع أفرادها، وعلى الأخص من خلال تفرق أبنائها بين أبوين لا يتواجدان معا، بمـــا يرتد سلبا على صحتهم النفسية والعقلية والبدنية، ويقلص الفرص الملائمة لتعليمـــهم، وإعدادهـم لحياة لائقة.

بيد أن نص المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات -المطعون فيه-، خول الجهــة الإداريــة التى يتبعها عضو هيئة التدريس، سلطة تقديرية تترخص معها فى منح الإجازة الخاصــــة التـى يطلبها هذا العضو لمرافقة زوجها أو زوجته التى أذن لأيهما بالسفر إلى الخارج؛ وكانت الأســرة التى حرص الدستور على صون وحدتها، وأقامها على الدين والخلق والوطنيـــة، هــى الأسـرة المصرية بأعرافها وتقاليدها وتضامنها وتراحمها واتصال روابطها؛ فإن الحمايـــة التـى كفلـها الدستور لها، لا تتحدد بالنظر إلى موقعها من البنيان الاجتماعى، ولا بطبيعة عمل أحد الأبوين أو كليهما، ولا بواقعة خضوعهما أو أحدهما لتنظيم وظيفى خاص أو عام.

بل يتعين أن يكون مفهوم الأسرة ومتطلباتها، نائيا بها عما يقوض بنيانها، أو يـؤول إلـى انحرافها، وإلا كان ذلك إخلالا بوحدتها التى ينافيها انفصال أحد الزوجين عن الآخر على نحــو يكون فارقا لبنيان الأسرة، نافيا تلاحمها، مقيما شريعتها على غير الحق والعدل. وهو ما يتحقــق بإعمال الجهة الإدارية التى يتبعها عضو هيئة التدريس لسلطتها التقديرية المخولة لـــها بمقتضــى نص المادة ٨٩ المشار إليها.

المبحث السادس
اتصال الرقابة القضائية على الدستورية
بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

٢١٥- وتحلق المحكمة الدستورية العليا فوق أسوار قواعد القانون الدولى العام بقصد تحديد ضوابطها، سواء فى ذلك ما تعلق منها بالمعاهدات الدولية -وهى قواعد اتفاقية ارتضتها الدول أطرافها- أو ما تعلق من أحكام هذه القانون بأعرافها التى تواتر عليها العمل فيما بينها، وعلى الأخص تلك التى لا يجوز تعديلها Jus Cogens.

وتزداد أهمية قواعد القانون الدولى العام، فى أنها لم تعد -فى صورها الأكثر شيوعا- تقتصر على مجرد تنظيم لروابط ثنائية بين عدد محدود من الدول، ولكنها اليوم تقتحم فى عديد من تطبيقاتها مسائل تتسم بطبيعتها الشاملة، وبإحاطتها بمصالح عريضة تتوافق عليها الدول فى مجموعها، وبتصديقها على معاهدة دولية تشرع لها أو انضمامها إليها.

كذلك فإن التنظيم الدولى لحقوق الفرد وحرياته، لا يتخذ دائما شكل معاهدة دولية، وإنما يصدر فى الأعم فى شكل إعلان أو ميثاق تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة. فلا يكون ملزما كالمعاهدة الدولية، وإن كان البعض ينظرون إلى القبول العام للقواعد التى يتضمنها الإعلان أو الميثاق باعتباره انضماما إليها فى مجال العمل بها وإنفاذها، بما يرقى بها في النهاية إلى مرتبة القواعد العرفية التى ترتكز فى مصدرها المباشر على القبول العام بها من خلال اطراد تطبيقها، والانصياع للآثار القانونية التى ترتبها.

ولا تزال دائرة التنظيم الدولى لحقوق الفرد وحرياته، بعيدة فى مداها، بالنظر إلى اتساعها وعنايتها بحقوق طال إهمالها أو العدوان عليها. ويندرج تحتها القواعد التى تضمنها التنظيم الدولى فى شأن سيطرة الدول النامية على مواردها الطبيعية؛ ومكافحة أشكال التمييز على اختلافها، وعلى الأخص كلما كان مرجعها تمييزا ضد المرأة؛ أو بناء على العنصر؛ أو فى مجال التعليم والاستخدام؛ أو على ضوء ما يتصل بالمعوقين من عوار خلقى أو غير خلقى ينال من قدراتهم البدنية أو العقلية، ويجعلهم عاجزين على أن يؤمنوا بأنفسهم ما يكون ضروريا لحياتهم.

ويخطو التنظيم الدولى خطوة تقدمية فى مجال مقاومة الجرائم ضد الإنسانية بما فى ذلك جرائم الإبادة الجماعية والرق والعبودية والسخرة، وحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.

وينظر التنظيم الدولى كذلك إلى العدل باعتباره قيمة عليا لا يجوز التفريط فيها، ومن ثم كان حرصه على ضمان استقلال السلطة القضائية من كل إغواء أو تهديد أو تحريض مباشر أو غير مباشر، وعلى تقرير قواعد نموذجية تكفل فى حدها الأدنى معاملة ملائمة للسجناء، مع حماية الأشخاص جميعهم من صور تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة لحملهم على الإدلاء بأقوال لا يرغبون فيها، أو الشهادة على أنفسهم بما لا يطيقون..

ويكاد التنظيم الدولى أن يحيط بحقوق الفرد وحرياته بصورة شاملة تسعها فى كل أشكالها، وبما يوفر تدابير فردية وجماعية لضمانها، وعلى الأخص فى مجال الحرية النقابية وسياسة العمالة والزواج والأسرة، وحقوق الطفل، وعلى صعيد استئصال الجوع وسوء التغذية، وتوكيد الحق فى التنمية، وتعميق أدواتها، خاصة ما يتعلق منها بالتقدم العلمى والتكنولوجى لخير البشرية.

وقد يبدو غريبا أن تكون حقوق الفرد وحرياته التى يتضمنها التنظيم الدولى، هى ذاتها -وعلى الأقل فى حدها الأدنى- المنصوص عليها فى الدساتير الوطنية.

ولكن هذه الغرابة ينفيها أن حقوق الناس وحرياتهم الجوهرية لا ترتبط بوجودهم فى رقعة إقليمية بذاتها، ولا بأجناسهم، ولا بقدر ثرائهم أو حقيقة مجتمعاتهم. ذلك أنها تتصل بآدميتهم، ومردها إلى خصائصهم التى ينفردون بها بوصفهم بشرا خلق حرا طليقا، ضاربا فى الأرض دون قيود أو فواصل إقليمية.

على أن التنظيم الدولى، وإن أحاط بحقوق الفرد وحرياته، إلا أن دائرة هذا التنظيم لا تتطابق مكوناتها مع الدائرة الوطنية التى تقابلها، والتى تقع الدساتير الوطنية فى نطاقها. فالتأثير المتبادل بين الدائرة الوطنية والدائرة الدولية حقيقة لا نزاع فيها، وإن صح القول بأن الحماية التى تكفلها الدساتير الوطنية لحقوق الفرد وحرياته، لا تزال أقل فى أشكالها وفعاليتها من تلك التى قننتها المواثيق والعهود الدولية.

المطلب الأول
المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام

٢١٦- لا تزال المعاهدات الدولية هي الصورة النموذجية والشائعة لتنظيم الدول فيما بينها لقطاع من علاقاتها الدولية. وقد واجهتها المحكمة الدستورية العليا من زاوية ماهيتها وضوابط تفسيرها وقوتها، والرقابة على دستوريتها، ووحدة أحكامها وجواز تجزئتها، وإمكان التحفظ على بعض نصوصها، والآثار القانونية المترتبة على التنصل من تنفيذها، وصلتها بحرية التعبير وبالأعمال السياسية، مما جعل لقواعد القانون الدولي العام قيمة جوهرية في مجال تطوير الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال ربطها بآفاق هذا القانون في تطبيقاته وأغراضه.

فلا يكون هذا القانون إلا عنصرا حيا في قضاء المحكمة الدستورية العليا، وعلى الأخص من جهة تنوع مجالاته وتطور قواعده، وملاحقتها لكل جديد في العلوم والفنون التي ترتبط بنطاق سريانه وبالمسائل التي ينظمها. وكذلك صلة هذا القانون بحقوق الفرد وحرياته.

الفرع الأول
المعاهدة الدولية: مفهومها

٢١٧- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، ينظر إلى عبارة المعاهدة الدولية بوصفها مصطلحا عاما Generic Term منصرفا إلى كل أشكال الاتفاق فيما بين دولتين أو أكثر، إذا كان مكتوبا، سواء في وثيقة واحدة أو في وثائق متعددة. وهي تتناول في موضوعها تنظيما لمسائل بذواتها يقع الاتفاق عليها أيا كان نطاقها. ومن ثم يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق على اختلافها، عهدا كان أم ميثاقا أم إعلانا أم بروتوكولا أو نظاما أو تبادلا لخطابين(١).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٦/٣/٢ -قاعدة رقم ٢٩ -ص ٥٠٩ - ٥١٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

الفرع الثاني
المعاهدة الدولية: قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها

٢١٨-وعملا بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التى تعتبر مصر طرفا فيها، تلزم المعاهدة الدولية الدول أطرافها، كل فى نطاق حدوده الإقليمية.

كذلك ينبغى أن تفسر أحكامها فى إطار من حسن النية، ووفقا للمعنى المعتاد لعباراتها، فى سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها.

وكلما توخت المعاهدة الدولية، إجراء تسوية شاملة فى شأن الحقوق التى حددتها الدولتان المتعاقدتان حتى لا يثار النزاع من جديد حولها؛ كاتفاقهما على تسوية شاملة للأضرار الناجمة عن التأميم والحراسة والإصلاح الزراعى، فإن هذه التسوية تحيط بهذه الأضرار جميعها. ولا يجوز بالتالى تطبيق بعض جوانبها دون أجزائها الأخرى. إذ ليس ذلك غير تبعيض لأحكامها ينـاقض تكاملها فيما بينها، ويعطل فاعلية المعاهدة، وينقض أسسها.

بل إن القول بجواز تجزئة أحكامها فى هذه الصورة، إنما ينحل إلى تعديل لها لا تملكه غير الدولتين المتعاقدتين، وبتراضيهما معا([1]).

ومن المقرر كذلك وفقا لقواعد القانون الدولى العام أن لكل دولة فى علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التى تؤثر بها -ومن خلال المعاهدة الدولية التى تكون هى طرفا فيها- فى نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها، سواء كان ذلك فى إطار حق الملكية أو فى مجال الحقوق الشخصية؛ وإن كانت الحقوق التى رتبتها المعاهدة الدولية وكذلك التزاماتها، لا تسرى إلا على الدول أطرافها فى العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم الوارد بها -وأيا كان مضمونه- منصرفا إلى مواطنيها([2]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ قاعدة ١٣ -ص ١٥٠ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

([2]) القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٣/٢/٦- قاعدة رقم ١٣- ص ١٧٢ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

الفرع الثالث
المعاهدة الدولية: مرتبتها

٢١٩- تقضى المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بأن كل معاهدة دولية يتم إبرامها ونشرها والتصديق عليها وفق الأوضاع المقررة؛ تكون لها قوة القانون.

بينما تصرح المادة ٥٥ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨، بأن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية المصادق عليها، أو التى يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها، منذ نشرها، قوة أعلى من القانون Une autorité superieure à celle des lois مع التحفظ بشرط تطبيقها من قبل الدول الأخرى المعتبرة أطرافا بها.

Sous reserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

كذلك تنص المادة ٥٤ من الدستور الفرنسى المذكور، على أنه إذا قرر المجلس الدستورى أن تعهدا دوليا يتضمن بندا أو شرطا مخالفا للدستور، فإن الترخيص بالتصديق على هذا التعهد أو بإقراره، لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور(1).

L autorisation de le ratifier ou de l' approuver ne peut intervenir qu' apres la revision de la constitution.

الفرع الرابع
المعاهدة الدولية: الرقابة على دستوريتها

٢٢٠- وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفا فيها من جهتين:

أولاهما: من حيث استيفائها للأوضاع الشكلية التى تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها. فضلا عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة؛ أو يكون

(1) يلاحظ أن المجلس الدستورى لا يتصدى من تلقاء نفسه للفصل فى دستورية المعاهدات الدولية، بل يتعين أن يقدم إليه طعن بشأنها من الأشخاص الذين حددهم الدستور الفرنسى حصرا وهم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس كل من مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- وستون نائبا أو ستون شيخا على الأقل.

موضوعها صلحا أو تحالفا؛ أو متضمنا تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك التي تتعلق بحقوق السيادة التي تملكها؛ أو التي تحمل خزانة الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية([1]).

ثانيتهما: من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور. ذلك أن قوة المعاهدة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من دستور مصر، لا تزيد على قوة القانون، فلا تعلوه. وهي تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. ولا يتصور بالتالي إعفاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التي تتناول أصلا كل قانون بمعنى الكلمة؛ ولو صدر عن السلطة التشريعية التي تعبر عن إرادة مواطنيها في مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية. ومن ثم يكون القانون بمعناه الحرفي، والمعاهدة الدولية المشبهة به في الحكم، سواء في مجال الخضوع للشرعية الدستورية.

الفرع الخامس
المعاهدة الدولية: التحفظ عليها، والانسحاب منها

٢٢١ – الأصل في كل معاهدة دولية،هو جواز التحفظ على حكم وارد بها، بقصد استبعاد تطبيقه، أو تعديل مضمونه في مجال سريانه على الدولة التي صدر التحفظ عنها، ودون إخلال بتقيدها بباقي أحكامها غير المتحفظ عليها. ولا كذلك انسحابها من معاهدة دولية ترتبط بها ذلك أن هذا الإجراء لا يعتبر موقفا لسريانها في مواجهتها، ولا هو تعديل لأحد نصوصها، بل إنهاء لوجود المعاهدة ذاتها بحكم تخليها عنها. فلا يحتج عليها بعد ذلك بأحكامها، ما لم تكن التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، مقررة كذلك بمقتضى قاعدة من قواعد القانون الدولي العام التي لا تجوز مخالفتها Peremtory Norms of General International Law ، كتلك المتعلقة بعدم جواز اللجوء إلى القوة في روابط الدول ببعضها؛ وحظر ارتكابها لجرائم الإبادة الجماعية، أو تعاملها في الأشخاص من خلال استرقاقهم أو دفعهم إلى البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الجرائم الدولية. إذ تظل الدولة المنسحبة، مقيدة بمثل هذه القواعد –لا لأنها مقررة في المعاهدة الدولية التي كفلتها– وإنما لأن قواعد القانون الدولي العام التي لا تجوز مخالفتها ولا تعديلها باتفاق لاحق Jus Cogens، هي التي تحل محل القواعد التي تقابلها في المعاهدة الدولية بحكم اتساع مجال

([1]) هذه المعاهدات مبينة حصرا بالفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور.

تطبيقها ليشمل الدول جميعها التى تتقيد بها وتنزل عليها، ولو لم ينص عليها فى أية معاهدة دولية دخلت فيها([1]).

الفرع السادس
المعاهدة الدولية: صلتها بالأعمال السياسية

٢٢٢ – لا تعتبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء علـــى مجـرد تنظيمــها للعلائــق الخارجية. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن نظرية الأعمال السياسية وإن كانت تجد أكثر تطبيقاتها –لا فى الميدان الداخلى– بل على صعيد روابط الدولة الخارجية، ومن منظور اتفاقاتها الدولية التى تصون بها سيادتها ومصالحها العليا؛ إلا أن كل معـــاهدة دوليـــة لا تعتـبر بالضرورة من الأعمال السياسية. ولا تندرج تحتها كذلك –وبصفة تلقائية– كل اتفاقية تجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور([2]).

ذلك أن الأعمال السياسية لا تعد كذلك فى صحيح تكييفها، بالنظر إلى أوصافها التى يخلعها المشرع عليها. وإنما على ضوء خصائصها؛ وبمراعاة أن تأبيها على الرقابة القضائية، مـرده أن تقييمها يرتبط بضوابط دقيقة وبموازين تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقائق لا يتـاح أو يتعذر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا شأن للأعمال السياسية بالتالى بالقواعد الإجرائية التى تحيــط بالمعـــاهدة، والمتصلــة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقا للأوضاع المقررة([3]).

([1]) "دستورية عليا" –القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"– جلسة ١٩٩٦/٣/٢ –قـاعدة رقـم ٢٩ –ص ٥١٠ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

([2]) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور على وجوب موافقة السلطة التشريعية على معاهدات الصلــح والتحالف والملاحة والتجارة، وكذلك جميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولــة، أو التــى تتعلق بحقوق السيادة، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الميزانية. أما غـــير هــذه القائمة من المعاهدات، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تقضى بأن يبلغها رئيس الجمهورية إلــى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسبها من البيان.

([3]) "دستورية عليا" –القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" – جلسة ١٩ يونيه ١٩٩٣ – قاعدة رقـــم ٣٠ –ص ٤٢٢ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

وتحديد الأعمال السياسية بالنظر إلى خصائصها وحقيقتها، هو ما دعا المحكمة الدستورية العليا إلى أن تدرج ضمن أعمال السيادة التى لا تشملها رقابتها، اتفاقية الدفاع المتبادل فيما بين الدول العربية أطرافها، بالنظر إلى إحداثها لقيادة عربية موحدة لقواتها الحربية، وتنظيمها لتحركاتها فيما بين هذه الدول، وإجازتها انتقالها بين أقاليميها، مع إعفائها فى مسائل بذواتها حددتها هذه الاتفاقية حصرا، من الولاية القضائية للدولة التى تتواجد فيها([١]).

الفرع السابع
المعاهدة الدولية: تنفيذها

٢٢٣- وتعطى المحكمة الدستورية العليا أهمية خاصة لتنفيذ المعاهدة الدولية فى النطاق الداخلى، إلى حد تخويلها رئيس الجمهورية حق إصدار قرار بقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها عملا بنص المادة ١٤٧ من الدستور، كلما كان تدخله على هذا النحو، لازما لضمان إيفاء مصر بالتزاماتها الناشئة عن معاهداتها الدولية([٢]) والتى يندرج تحتها مسئوليتها عن اتخاذ التدابير التى ألزمتها بها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة فى ١٩٥٠/٣/٢١.

ذلك أن انضمامها إلى هذه الاتفاقية، جعلها طرفا فيها، وألزمها بتقرير النصوص القانونية التى يقتضيها إنهاء الدعارة بكل صورها، وضمان تأهيل ضحاياها، وإصلاحهم اجتماعيا للقضاء على شر الاتجار فى الأشخاص لمصلحة آخرين يرمون إلى إشباع شهواتهم، بما يعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة.

ولمواجهة هذه المخاطر والعمل على دفعها، أصدر رئيس الجمهورية قرارا بقانون عملا بنص المادة ١٤٧ من الدستور، متوخيا بأحكامه، فرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة

([١]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية"- جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣ -ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

ويلاحظ أن المحكمة تشير فى هذا الحكم إلى نظرية أعمال السيادة التى تنطبق أصلا فى المجال الإدارى. ولكنها عدلت فيما بعد عن هذه التسمية، وأبدلتها بنظرية الأعمال السياسية التى ابتدعها القضاء الدستورى.

([٢]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩١/١٢/٧ -قاعدة رقم ٩ -ص ٤٢ من المجلد الأول من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة.

للدعارة، سواء فى ذلك ما تعلق بالتحريض عليها أو المساعدة فيها، أو استغلالها أو احترافها، أو بغير ذلك من أشكالها كتمويلها أو تأجير بناء أو مكان أو جزء من أيهما لتسهيلها([1]).

الفرع الثامن
المعاهدة الدولية: وحدتها وتجزئتها

٢٢٤-ينبغى النظر إلى المعاهدة الدولية باعتبار أن أحكامها تتكامل فيما بينها، وتنتظمها وحدة عضوية تجمعها، وأن التوافق على تنفيذ نصوصها فى مجموعها، كان من العوامل الجوهرية التى أدخلتها الدول فى اعتبارها عند إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا تجوز تجزئتها بالتالى، بل تعامل المعاهدة فى تمام أحكامها، بوصفها كلا غير منقسم.

ولئن كان ما تقدم هو الأصل فى كل معاهدة دولية، إلا أن قيدا هاما يرد على هذا الأصل. ذلك أن المعاهدة الدولية فى أشكالها المتطورة لا تواجه مسائل متداخلة. فيما بينها، وإنما تتفرق المسائل التى تنظمها فيما بينها وتستقل موضوعاتها عن بعضها البعض، فلا ينظر إلى مسائلها المتفرقة بوصفها صفقة واحدة إما أن تقبل بكل أجزائها أو ترفض بكاملها، وإنما تنقسم هذه المسائل إلى عناصر شتى يكون موضوع كل منها مختلفا عن غيره، فلا تتداخل هذه العناصر أو تتحد فيما بينها، وإنما يكون لكل منها كيان خاص به بحيث يتصور إمكان فصله عن غيره.

فاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، تتضمن مسائل متفرقة يندرج تحتها تنظيمها للبحار الإقليمية، والمناطق المتاخمة، والمناطق الاقتصادية، ولحقوق الدول على جروفها القارية، ولأوضاع الدول المحصورة، و المتضررة جغرافيا.

وتفرد الاتفاقية لكل من هذه المسائل، النصوص القانونية التى تخصها وتحكمها، استقلالا عن غيرها، بما يتيح فصل أجزائها عن بعضها البعض، لولا إصرار الدول أطرافها على النظر إلى هذه الاتفاقية فى مجموع أحكامها بوصفها صفقة متكاملة لا يجوز تجزئة عناصرها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية"- جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣١ - ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يكن ثمة اتفاق بين الدول المعتبرة أطرافا فى معاهدة دولية على معاملتها كصفقة متكاملة، فإن جواز تجزئة أحكامها يعود إلى إرادة هذه الدول. وهى إرادة لا يجوز انتزاعها، ولكنها تستنبط من مجموع العوامل التى أولتها تلك الدول اعتبارها عند إقرارها للمعاهدة.

بما مؤداه أن القاعدة الأولية التى تحكم المعاهدة الدولية، هى وحدة نصوصها، وامتناع تجزئتها على ما تقضى به المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أن سعى إحدى الدول -وبناء على سند تدعيه- لنقض معاهدة دولية تكون طرفا فيها أو للانسحاب منها أو لتعليق تنفيذها؛ لا يجوز إلا بالنسبة إلى المعاهدة فى مجموع أحكامها، ما لم يكن هذا السند منصرفا إلى نصوص بذواتها تضمنتها المعاهدة، إذ يقتصر ذلك السند عندئذ على هذه النصوص كلما كان ممكنا -في مجال تطبيقها- فصلها عن بقية أجزاء المعاهدة، وبمراعاة أمرين:

أولهما: ألا تكون إرادة الدول الملتزمة بالمعاهدة، منصرفة إلى القبول بها فى مجموع أحكامها كشرط لتقيدها بها.

ثانيهما: إذا كان فصل بعض نصوص المعاهدة عن باقيها لا يناقض إرادة الدول أطرافها، تعين ألا يكون إجراء هذا الفصل مجافيا للعدالة([1]).

الفرع التاسع

المعاهدة الدولية: وحرية التعبير

٢٢٥- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا كذلك أن المعاهدة الدولية التى يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء القواعد الإجرائية المقررة لنفاذها، لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدولة المتعاقدة احترام تعهداتها التى أنشأتها المعاهدة ما ظل سريانها قائما، إلا أن ذلك لا يضفى على المعاهدة حصانة تحول بين المواطنين ومناقشتها ونقدها وإبداء رأيهم فيها سواء بقبولها أو برفضها. ذلك أن حرية التعبير هى حرية عامة كفلتها المادة ٤٧ من الدستور، ولكل مواطن أن يمارسها فى إطار ضوابطها. وهى بعد حرية تدعمها المادة ٦٢ من الدستور التى تقضى بأن إسهام المواطن فى مباشرة حقوقه وحرياته العامة، يعتبر واجبا وطنيا. ولا يجوز

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية"- جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٣ -ص ١٨٨ و ١٨٩ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

بالتالى أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة كفلها الدستور هى حريته فى التعبير عن رأيـــه، سببا لحرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور كالحق فى تكوين أحزاب سياســية أو الانضمام إليها، بل تتكامل حقوقه وحرياته هذه فيما بينها([1]).

فإذا علق المشرع تأسيس الأحزاب السياسية أو استمرارها على عدم قيام أحد مؤسســيها أو قيادتها بانتقاد معاهدة السلام بين مصر و إسرائيل، أو الحض على أعمال تتعـــارض معـــها، أو الترويج بطريق من طرق العلانية لاتجاه يناقضها؛ كان ذلك مؤداه إنكار حرية الناقدين لـــها فـــى التعبير عن آرائهم؛ وحرمانهم كذلك بصفة مطلقة ومؤبدة من حق تكوين أحزابهم السياسية، بمـــا يؤول إلى مصادرة هذا الحق وإهداره، ويشكل بالتالى مخالفة للمادتين ٥و٤٧ من الدستور([2]).

المطلب الثانى

حقوق غير المواطنين فى حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولى العام

٢٢٦- من المقرر أن للدول -على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقا أساسية تتمثل فى ضمان استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها؛ ودفاعها الشرعى ضد العدوان عليها؛ وتكافؤها قانونـــا مع غيرها من الدول. بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازيها واجباتها التى تمنعها من التدخـــل فـــى الشئون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وإثارة القلاقل ضدها؛ وتقيدها كذلك بصون حقوق الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها، طريقـــا لفض نزاعاتها.

وتدل النظرة المتعمقة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية، على قبولها فيما بينها بعلو قواعـــد القانون الدولى وسيادتها، وأن صلاتها الودية وفقا لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تتعـــاون مـــع بعضها البعض لضمان تقدمها، ولبناء أسس سليمة لحسن الجوار تتهيأ بها فرص تعايشها وتداخـــل مصالحها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -قاعدة رقـــم ١٦ -ص ١٠٤، ١٠٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

([2]) القضية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -ص١١٠ - ١١٣ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

على أن استقلال الدول عن بعضها، وتكافئها فى السيادة، وإن خول كلا منها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستهم لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التى تمليها توجهاتها الاقتصادية وسياستها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القول بإطلاقها؛ وإنما تقيدها القواعد الآمرة التى ارتضتها أسرة الدول سلوكا لأعضائها يبلور أعرافها التى استقر العمل عليها فيما بينها.

بما مؤداه أن القواعد التى تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هى ذاتها التى تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التى لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتى لا تستقيم حياتهم بدونها The international minimum standard، فلا تقاس تصرفاتها قبلهم إلا على ضوئها.

وكلما كان العمل الصادر عن الدولة متضمنا اغتيالا للحقوق التى كفلتها هذه المعايير، أو تحديدا لآثارها، أو كان دالا على سوء نيتها، أو إخلالها قصدا بواجباتها، أو منحدرا -بوجه عام- بمعاملتهم إلى مادون مستوياتها الدولية التى لا يجوز التخلى عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التى تفرضها المحكمة الدستورية العليا فى شأن الشرعية الدستورية- لازما.

وما يقول به البعض من إهمال إحدى الدول للمعايير الدولية التى يجب أن تكفلها لغير المواطنين المقيمين بإقليمها، قد يتخذ ذريعة للتدخل فى شئونها، مردود أولا: بأن الحقوق التى تكفلها هذه المعايير لهؤلاء، تتصل بحقهم فى الحياة، وضد التمييز غير المبرر، وبحرمة حياتهم الخاصة، وصون شرفهم وسمعتهم، وكذلك بحرية العقيدة، وبضمان حريتهم الشخصية من خلال تكامل مقوماتها.

وهى بعد حقوق تنتظمها تلك القيم التى تتقاسمها الجماعة الإنسانية، والتى لا يمكن إرجاعها إلى عصر معين، ولا إلى زمن محدد، ولا القول بأنها نتاج ثقافة بذاتها، ولكنها تنظر إلى الإنسان -وطنيا كان أم أجنبيا- بوصفه بشرا سويا.

ومردود ثانيا: بأن الضوابط التى تطبقها هذه المحكمة فى مجال الشرعية الدستورية، لا شأن لها بإقحام إحدى الدول نفسها فى الشئون الداخلية لغيرها؛ وإن أثار ذلك مسئوليتها وفقا لميثاق الأمم المتحدة.

ومردود ثالثا: بأن المعايير الدولية التي تطبقها الدول على غير مواطنيها، لا يقتصر سريانها على من يكون منهم فردا، ولكنها تمتد كذلك إلى كل مجموع منهم تضمهم وحدة قانونية لها ذاتيتها واستقلالها. وإهمال إحدى الدول لهذه المعايير، يناقض تداخل مصالحها، مع غيرها، ويخل بضرورة أن تكون لأعرافها -التي ارتضتها فيما بينها، والتي تحدد علاقتها بغير مواطنيها- قدسيتها.

ولئن جاز القول بأن أعرافها هذه قد يكتنفها -من بعض جوانبها- قدر من الغموض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانونا حقيقة مستعصية على الجدل. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون نكولا من الدول التي نقضتها، عن التزاماتها وفقا لقواعد القانون الدولي.

ومردود رابعا: بأن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعلها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الدول المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين الذين يقيمون في غير دولهم؛ وكان التمييز في مجال هذه الحقوق -ولو كان من يطلبها أجنبيا- ينقضها بما يخل بالحماية المقررة في مجال تطبيقها، فقد صار محظورا تفسير المعايير الدولية بأنها تخول فردا أو جماعة أو تنظيما، أن ينال من الحقوق التي تتصل بتطبيق هذه المعايير، سواء بمحوها أو بإيراد قيود في شأنها تجاوز تلك التي ترتضيها الدول الديموقراطية وتتخذها قاعدة لسلوكها، وعلى الأخص على صعيد الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار.

ومردود خامسا: بأن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها تأتيها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها.

ذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد تقل عن تلك التي أنتجتها واقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التداخل بين مصالحها في إطار معايير دولية تمثل بمستوياتها ما يكون ضروريا لصون حقوق غير المواطنين بها، فلا يكون الفصل بين الأشخاص المعنيين بهذه الحقوق، ودولهم، مقبولا.

واستصحابا لهذه المعايير، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة -وبمقتضى قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣- إعلانا في شأن حقوق غير المواطنين في البلد الذي يعيشون

فيه، مقررة سريان أحكامه فى شأن كل فرد يوجد فى إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ مع إلزامها بضرورة أن تتقيد فى كل تشريعاتها التى تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق، بالحدود التى رسمتها التزاماتها الدولية، بما فى ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان؛ وبمراعاة أن تكفل تشريعاتها الوطنية، حقهم فى الحياة، وكذلك تأمين أشخاصهم ضد الاعتقال أو الاحتجاز غير المشروع، وصون حريتهم الشخصية التى لا يجوز الإخلال بها إلا وفقا للقانون، وبما لا يخل بالتزاماتها الدولية التى تقارن ضمان هذه الحقوق.

ويؤكد هذا الإعلان كذلك، حق هؤلاء فى حرية التعبير، وتملك الأموال، والاجتماع ومغادرة البلد، وذلك كله وفق القيود التى يجوز أن تفرضها الدول الديموقراطية فى مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومى، ودعم نظامها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الإعلان، وكذلك تلك التى قررتها المواثيق التى تنظمها.

ويتفرع حق غير المواطنين فى إدارة أعمال بذواتها فى غير أوطانهم -بما فى ذلك حقهم فى اختيار وكلائهم أو كفلائهم فى مجال تسييرها- عن جواز مباشرتها قانونا. فكلما خولتهم القوانين الوطنية حق مباشرة هذه الأعمال، كان لهم أن يديروها بالطريقة التى تلائمهم، بما فى ذلك اختيار من يصطفونهم لثقتهم فى قدراتهم([1]).

٢٢٧- ويقع حق التقاضى وحق الملكية فى نطاق الحد الأدنى من الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

ذلك أن لكل فرد -ولو كان أجنبيا- أن يتخذ ما يراه من التدابير لرد كل عدوان على حقوقه الثابتة التى تستمد وجودها من النظم القانونية المعمول بها فى الدولة التى يقيم بها؛ والتى يلازمها بالضرورة -ومن أجل اقتضائها- طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

فلا يكون الحق فى الدعوى -وعلى ما تنص عليه المادة ٨٦ من الدستور- إلا مكفولا للناس جميعهم -وبلا تمييز- كى توفر الدولة للخصومة القضائية فى نهاية مطافها،حلا منصفا يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها، ويكفل عدم استخدام التنظيم القضائى كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها، تحاملا عليها.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا على الأخص من خلال ضمانها حق غير المواطنين فى الدفاع عن ملكيتهم بعد تلقيها أو كسبها وفقا للنظم القائمة.

وهى تؤسس حكمها فى ذلك على أن للدولة -وبناء على ضرورة تفرضها أوضاعها الاقتصادية، أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية، أو توجبها روابطها القومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية- أن تفرض قيودا فى شأن الأموال التى يجوز لغير مواطنيها تملكها.

ولها كذلك أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التى يجوز لهم التعامل فيها، فلا يكون لتصرفاتهم بشأنها من أثر.

وللدولة السلطة الكاملة التى تقيد بها حق غير مواطنيها فى تملك أموال بذواتها. ولها كذلك أن تمنعهم من تملكها وأن تعدل عن سياستها هذه، أو تغير فيها بما لا يناقض الدستور. ومن غير الجائز أن تجحد الدولة حق غير مواطنيها فى اللجوء إلى قضاتها للدفاع عن حقوقهم التى كفلتها القوانين الوطنية؛ أو التى تجد ضمانها فى الدستور.

ذلك أن نكولها عن أن توفر لحقوقهم هذه وسائل اقتضائها، أو إرهاقها الحماية المقررة لها بأعباء تنوء بها، هو فى واقعه وحقيقته القانونية، إنكار للعدالة تقوم به مسئوليتها الدولية التى لا يرفعها عنها غير صون هذه الحقوق وردها إلى أصحابها حال الإخلال بها.

ذلك أن إنكار الحق فى الترضية القضائية، سواء بمنعها ابتداء، أو بتفويض فرص اقتضائها، أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعد إجرائية معيبة بصورة جوهرية، لا يعدو أن يكون إهدارا للحماية التى يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التى يكفلانها؛

وهدما للعدالة فى جوهر خصائصها وأدق توجهاتها، وبوجه خاص كلما كـــان طريــق الطعــن القضائى لرد الأمور إلى نصابها، غير جائز أو غير منتج([1]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "تنازع"- تنازع جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ -قاعدة رقـــم ١٩- ص ٩٢٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ مارس ١٩٩٤- القـاعدة رقم ١٩ -ص ٢٠٧ - ٢٠٨ من الجزء السادس.

المبحث السابع
قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية
في تشكيلها وبيان مضمونها

٢٢٨- ويبدو تأثير المحكمة الدستورية العليا عريضا فى كثير من المسائل التى ينظمها القانون الخاص، خاصة فيما يتعلق بصون الملكية الفردية، وضمان حرية التعاقد، والحق فى العمل. ذلك أن الحق فى التنمية يرتبط بإثراء روافدها وتعميق أدواتها، سواء كان الاستثمار وطنيا أو عربيا أم أجنبيا. ولا يجوز بالتالى أن تفرض عليها الدولة قيودا جائرة؛ بما ينال من تدفقها أو يعطل حركتها دون مقتض.

ولأن الملكية الخاصة تمثل فى علاقتها بالتنمية أهم روافدها، فقد كان على المحكمة الدستورية العليا أن تؤكد الحماية التى كفلها الدستور لها، وأن تحول -بأحكامها- دون انتهاكها من خلال قيود تعطل جوهرها أو تنتقصها من أطرافها.

على أن الملكية -وبالرغم من حيوية وظائفها- إلا أن الملامح الاشتراكية لهذا الدستور التى أفرزتها مفاهيم الميثاق، والمؤتمر الوطنى للقوى الشعبية، كان لها ظلالها القائمة على الحياة النيابية([1]) والاقتصادية فى مصر ([2]). ومن ثم لم ينص الدستور على حرية التعاقد التى تتناقض -فى تقديره- ضرورة السيطرة على رأس المال الخاص فى مصادر تكوينه ونواتجه.

بيد أن حرية التعاقد التى أهمل الدستور النص عليها، هى ذاتها التى كفلتها المحكمة الدستورية العليا بما تقرر فى أحكامها من أن تأمين الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها فى مواجهة صور العدوان على البدن. وإنما تقع فى نطاقها كذلك إرادة الاختيار حتى لا يحمل أحد على القبول بما لا يرضاه.

([1]) من بين هذه المفاهيم أن يكون للعمال والفلاحين فى المجالس النيابية مقاعد لا تقل عن نصفها، وهو نص لا مقابل له فى الدساتير المقارنة جميعها، ويدل على أن الذين صاغوه، والذين يدافعون عنه، أرادوا أن يحكموا قبضتهم على الحياة النيابية من خلال مفاهيم غوغائية ليس لها من صلة بإرادة الاختيار، التى ينبغى أن يملكها كل مواطن بلا قيد.

([2]) من بينها ما نص عليه الدستور من أن للعمال مكاسب اشتراكية، دون أن يعنى ببيان هذه المكاسب التى لا يتصور أحد أن يكون الدستور قد قصد إلى تساقط مزاياها على العمال بغير جهد من جانبهم.

المطلب الأول
حق الملكية

الفرع الأول
مفهومها

٢٢٩- تتفرع الحقوق العينية جميعها عن الملكية الفردية كحق عينى أصلى. بل إن هذه الملكية تعتبر جماع غيرها من الحقوق العينية، وأوسعها نطاقا، وأكثرها قوة.

ولئن صح القول بأن الملكية الفردية المعتبرة أصل الحقوق العينية جميعها، تخول صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفا واستغلالا واستعمالا، لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، يستخلصها منها دون وساطة أحد؛ وكانت الحقوق الشخصية هى التى ترتبط بمدين معين أو بمدينين معينين، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدائن لها؛ إلا أن التمييز بين الملكية الفردية،وبين الحقوق الشخصية على هذا النحو، لا ينال من كونهما من الأموال. ذلك إن الحقوق العينية التى تقع على عقار -بما فى ذلك حق الملكية- تعتبر مالا عقاريا. أما الحقوق العينية التى تقع على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية -أيا كان محلها- فإنها تعد مالا منقولا.

ويتعين بالتالى أن تمتد الحماية التى تكفلها المادة ٣٤ من الدستور للملكية الخاصة فى سعيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها، وبما يردع مغتصبيها([1]) إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء. ذلك أن التفريق بينها فى مجال هذه الحماية، ينافى مقاصد الدستور.

الفرع الثانى
جذورها

٢٣٠- حرص الدستور على إعلاء الملكية الخاصة، وجعلها قرين التقدم، وربط حمايتها بصون الأمن الاجتماعى.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨٤ - ١٨٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١٣٤ من الجزء السابع.

ومن ثم كفلها لكل فرد -وطنيا أو أجنبيا- ولم يجز الإخلال بحرمتها إلا استثناء، وفي الحدود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، لضمان فعالية ممارستها.

ذلك أن الملكية تعود في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال؛ وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها؛ وبالحماية التي أحاطها الدستور بها، على أن يكفل للتنمية أهم أدواتها، ولإرادة الاختيار مقوماتها، فلا يختص غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، كي يستبد بها دون غيره، حتى لا يناجز سلطته عليها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، وتقيها تعرض الأغيار لها (١).

الفرع الثالث
أهميتها

٢٣١- حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها. وبقدر تعدد روافدها وتنوع استخداماتها، تتسع قاعدتها، لتشكل نهرا دافقا بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفريط فيها، أو بعثرتها تبديدا لقيمتها.

الفرع الرابع
القيود عليها

٢٣٢- لا يجوز تنظيم الملكية بما يخل بالتوازن بين الحقوق التي تتفرع عنها، وضرورة تقييدها نأيا بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين.

ذلك أن الملكية لم تعد حقا مطلقا في إطار النظم الوضعية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة. وليس للملكية كذلك من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣- القاعدة رقم ٣٠ -ص ٣٩٠ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١١٦ من الجزء السابع.

وهى قيود لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأمــــوال محل الملكية، والأغراض التى ينبغى أن ترصد عليها على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئـــة بذاتها، لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه الدائرة، يفاضل المشرع بين عدد من البدائل ليرجح من بينها ما يراه أكفــل للمصالح الأولى بالرعاية، مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها؛ وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة التى ارتبط بها.

ولئن كان كل تنظيم لحق الملكية ينبغى أن يكون واقعا فى حدود منطقية لا تكون الملكيـــة معها سرابا، ولضمان ممارستها بما يكفل تحقيقها لوظائفها؛ فقد تعين القول بأن تنظيم الملكيـــة لا يجوز أن يكون منتهيا بمداه إلى حد أخذها من أصحابها -لاعن طريق نقل ســـند ملكيتـــها إلـــى أغيار- بل من خلال تقويض قيمتها الاقتصادية بصورة جوهرية مع بقاء ملكيتها لأصحابها.

ذلك أن الملكية هى المزايا التى تنتجها، فإذا انقض المشرع عليها، صار عدوانه مؤديا عملا إلى حرمان أصحابها منها، والاستيلاء على ملكهم بصورة فعلية.

ولا يجوز بالتالى اقتلاع ثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها أو اقتحامها أو امتصاصها، ولـــو ظل أصحابها يملكون السيطرة الفعلية على الأموال محلها.

وكلما تدخل المشرع لتنظيم الملكية فيما يجاوز وظيفتها الاجتماعيـــة، كـــان ذلـــك التفافـــا محظورا حولها، ولو تذرع المشرع بتوخيه مواجهة بعض الأوضاع الاقتصاديـــة بقصـــد إعـــادة ترتيبها.

ذلك أن صون الدستور للملكية الخاصة مشروط بألا تكون منطوية علـــى الاســـتغلال وألا تناقض طرق استخدامها الخير العام لجموع المواطنين.

ولا يجوز بعد استيفائها لهذه الشروط، مصادرتها أو تقليمـــها. ذلـك أن وجودهــا وزوال جوهرها، لا يتلاقيان ([1]).

ولم يعد جائزا بالتالى أن يجرد المشرع الملكية من لوازمها، ولا أن يقوض عناصرهــا ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التى تكونها؛ ولا أن يغير من طبيعتها؛ ولا أن يدمر أصلها؛ ولا أن يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تمليها وظيفتها الاجتماعية.

ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصبا وافتئاتــا علــى كيانها أدخل إلى مصادرتها([2]).

الفرع الخامس
منابتها الشرعية

٢٣٣- لا تعارض الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكليـــة التـــى لا تبديـــل فيـــها، تنظيـــم الملكية. ذلك أن الأصل فى الأموال جميعها، هو أن الله تعالى بسطها وإليه مرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضرارا. يقول تعالى: <<وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه>>.

وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها فى الباطل. وتكليفا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمـــها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتـــها متخذا طرائق تناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. ومن ثم كان لولـــى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كـــان ثـــأرا محضا يزيد من الضرر، ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى يمتد إليها، وأن يرد كذلـــك الضـــرر البين الفاحش.

([1]) " دستورية عليا " -القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ -ص ٥٨١- ٥٨٣ من الجزء السابع.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية"- جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٧ -ص ٥٤٧ - ٥٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ أغســطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١١٦ من الجزء السابع.

فإذا تزاحم ضرران، كان تحمل أهونهما لازما اتقاء لأعظمهما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

وينبغي بالتالي أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر. ذلك أن الملكية خلافة. وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها. وهي حدود يجب التزامها لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلها الدستور لها([1]).

الفرع السادس

سقوط الحق فيها

٢٣٤- لحق الملكية خاصية تميزه عن غيره من الحقوق العينية -الأصلية منها والتبعية- تتمثل في أن الملكية وحدها، هي التي تعتبر حقا دائما.

وتقتضي طبيعتها هذه، ألا يزول الحق فيها بعدم الاستعمال، أيا كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه. فلا تسقط الملكية، ولا الدعوى التي تحميها بالتقادم. بل يجوز لصاحبها أن يقيم دعواه باستحقاقها، ولو طال زمن خروجها من يده، ما لم يكن غيره قد كسبها وفقا للقانون([2]).

الفرع السابع

فرض الحراسة عليها

٢٣٥- لا يعتبر الأشخاص الطبيعيون الخاضعة أموالهم للحراسة، في مركز مغاير لغير المشمولين بها في مجال طلبهم استردادها من الدولة.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١ -ص ٣٦ و ٣٧.

([2]) الحكم السابق -ص ١٣٤؛ والحكم الصادر في القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية دستورية -جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٤ -ص ١٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ولا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا فى واقعة بعينها هى خضوع الأولين لتدابير الحراسة الاستثنائية التى فرضتها الجهة الإدارية فى شأنهم نكالا، بقصد إخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالا. وهو ما يعد قرين اغتصابها.

ذلك أن من غير المتصور-وقد جرد الدستور واقعة الحراسة من كل أثر، فاجتثها من منابتها حتى لا تصير شيئا- أن تولد هذه الواقعة قانونا، حقا لأحد، ولا أن يتعلق بها التزام بعد أن هدمها الدستور، وأعدم آثارها، وجعلها هشيما.

ولا يسوغ بالتالى أن تؤول واقعة طمسها الدستور، إلى الانتقاص من حقوق هؤلاء الذين ناءوا بعبئها.

ذلك أن كل واقعة لا استواء لها، ليس لها من عمد ترفعها، ولا من كيان يقيمها، ولا قرار لها، بل تتهدم من أساسها لتفقد وجودها من مبدئها، إذ هى ساقطة فى ذاتها، فلا وضع لها، ولا اعتداد بها؛ وحسبها أنها غير شئ.

إذ كان ما تقدم، وكان لا يجوز أن تختص فئة ممن يملكون بحقوق يستقلون بها، ولو كان من حرموا منها يساوونهم فيها؛ وكان الأصل فى الملكية أنها تعتبر حقا دائما، فلا تزول بالتراخى فى استعمالها أمدا، ولو كان بعيدا، بل يظل صاحبها متمتعا بالحق فى حمايتها وأن ترد إليه عند اغتصابها، إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره طبقا للقانون؛ وكان من المقرر كذلك أن الحماية التى أضفاها الدستور على الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تنحصر فى الملكية الفردية كحق عينى أصلى تتفرع عنه الحقوق العينية جميعها؛ ويعتبر أوسعها وجماعها؛ وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها -ودون تمييز بينها- باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصيا أم عينيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية؛ وكان الناس جميعهم لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى؛ ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التى يدعونها؛ ولا فى اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها؛ فقد تعين أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استئدائها، أو الطعن فى الأحكام التى تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزا غير مبرر فى شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقيدها، وبوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة فى حقوقهم المدنية و التزاماتهم؛ وكان ثابتا كذلك، أن طرق الطعن فى الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلال سبل تقويم اعوجاجها، وإنما هى فى واقعها أوثق اتصالا بالحقوق التى تتناولها، سواء فى مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائدا أصلا إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقها، فإن التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية Identically Situated فى مجال النفاذ إلى فرصها، يكون محظورا.

ذلك أن التمييز بين المراكز القانونية، لا يفترض وحدة معطياتها، وإنما تخالفها -ولو فى بعض العناصر التى تكونها، وبافتراض مشروعيتها جميعها- لتتنافر أجزاؤها.

ولا يتصور بالتالى أن تكون واقعة فرض الحراسة فى ذاتها على أموال الأشخاص الطبيعيين، مدخلا إلى التمييز بين مركزين قانونيين. ذلك لأن انعدامها لا يضيفها إلى أيهما([1]).

على أن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقا للحرية الفردية يرعى مقوماتها، ويكفل جوهر خصائصها، إلا أن الدائرة التى تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغى قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقا بذاتيتها.

المطلب الثانى
حرية التعاقد

٢٣٦- اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حرية التعاقد فرع من الحرية الشخصية التى لا تقتصر الحماية التى يكفلها الدستور لها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، ولكنها تتسع لتشمل إرادة الاختيار وسلطة التقرير التى يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائنا يحمل على ما لا يرضاه، بل بشرا سويا متكامل الشخصية.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٩ لسنة١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ -ص ١٢٩ من الجزء السابع.

بيد أن حرية التعاقد هذه التى تعتبر فى القضاء المقارن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطويرا لإرادة الخلق والإبداع؛ وانحيازا لطرائق فى الحياة يختارها؛ يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية لا تكون بها هذه الحرية إلا حقا موصوفا A qualified right.

ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها؛ بين مروقها مما يحد من اندفاعها، وردها إلى ضوابط لا يمليها التحكم.

وفى إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التى يفرضها المشرع عليها، تقديرا بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض([1]).

ومن ثم لا تعني حرية التعاقد، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائى فى تكوين العقود، وتحديد الآثار التى ترتبها.

ذلك أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع فى شأن بعض العقود -حتى ما يكون واقعا منها فى نطاق القانون الخاص- قيودا يرعى على ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها.

وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن. وتقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" المحكوم فيها بجلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- نشر هذا الحكم فى ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع- إن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقا للحرية الفردية يرعى جوهر خصائصها ويكفل مقوماتها، إلا أن الدائرة التى تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغى قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقا بذاتيتها كالحق فى اختيار الزوج وأن يتخذ الشخص ولدا.

وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل.

ولا زال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيما جماعيا ثابتا Contracts Collectifs كتلك التي تتعلق بالتنظيم النقابي([1]).

كذلك فإن حرية التعاقد -فضلا عن كونها فرع من الحرية الشخصية يتكامل معها ويدعم خصائصها- إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية؛ وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها.

ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كتلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة؛ وكان من المقرر أن للسلطة التشريعية أن تعيد تنظيم بعض العقود لتحيط بعض جوانبها بقواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها لمصلحة قدرتها، إلا أن هذه السلطة لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها- والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيرا عنها، ممثلا في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها([2]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨ -ص ١٥١ من الجزء السابع.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٦ من الجزء الثامن.

وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك، أن العقود التى يبرمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيها المشرع، أيا كانت دوافعه إلى ذلك. ذلك أن المصلحة التى يحميها الدستور -من خلال أحكامه- هى الأولى بالاعتبار، وينبغى تغليبها على ما سواها.

فضلا عن أن الحماية التى يكفلها الدستور للملكية الخاصة، لا تقتصر على ما هو قائم فعلا من مصادرها التى استقام بها الحق فى الملكية صحيحا وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداهة إلى ما هو مشروع من صور كسبها التى تعد سببا لتلقيها أو لانتقالها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزا.

فالأموال التى نملكها، وكذلك ما يؤول إلى أغيار من عناصرها، هى التى قصد الدستور إلى صونها، ولم يجز المساس بها إلا استثناء، وبمراعاة الوسائل القانونية السليمة التى تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغى بالتالى النظر إلى الحماية التى تشملها بما يقيمها وفق مفاهيم الحرية التى يمارسها الأفراد تعبيرا عن ذواتهم، وتوكيدا لحدود مسئولياتهم عن صور نشاطهم على اختلافها. فلا يكون صون الملكية إلا ضمانا ذاتيا لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عدوان ينال من عناصرها([1]).

كذلك، فإن الأصل فى العقود -وباعتبارها شريعة المتعاقدين تقوم نصوصها مقام القانون فى الدائرة التى يجيزها- هو ضرورة تنفيذها بحسن نية فى كل ما تشتمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

وكلما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد التزم المدين بالعقد، فإذا لم يقم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال، أو عن مجرد فعل لا يقترن بأيهما.

ومن ثم تظهر المسئولية العقدية باعتبارها جزاء إخفاق المدين فى تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما، وهى تتحقق بتوافر أركانها. وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم إلى جانبها مسئولية جنائية، فلا يكون اجتماعهما منافيا للدستور.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٤٣، ٩٤٧. من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

وكلما فرض المشرع جزاء جنائيا على واقعة إخلال المدين بالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، بل كان العقد مصدره المباشر، فإن إيقاع هذا الجزاء لا يكون مخالفا للدستور، بشرطين:

أولهما: أن يكون هذا الإخلال قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

ثانيهما: أن يكون المشرع قد حدد بصورة واضحة وكاملة عناصر الجريمة التى واجهها، بما ينفى التجهيل بها([1]).

ومن المقرر كذلك أن الترخيص لغير المواطنين فى امتهان أعمال بذواتها، يفيد بالضرورة حق من يباشرونها فى اختيار وكلاء عنهم ينوبون عنهم فى إدارتها.

ذلك أن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التى تبنتها الأمم المتحضرة فى مجال مباشرتها؛ والتى لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحدا أو جماعة أو تنظيما سياسيا، أن ينال من الحقوق التى تقارنها ولو كان من يطلبها أجنبيا.

فضلا عن أن الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار -وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التى يحيطها المشرع بها- تقعان فى نطاق الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين. ويتفرع الحق فى إدارة أعمال بذواتها، عن جواز مباشرتها قانونا. ويفترض أن تخلص لأصحابها تنظيم شئونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفلائهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسئوليتها غير من يصطفونهم لثقتهم في قدراتهم([2]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ -قاعدة رقم ٥٧ -ص ٨٥٥ - ٨٥٦ من الجزء الثامن.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٨٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب الثالث
حق العمل

الفرع الأول
خصائص هذا الحق

٢٣٧- ليس حق العمل من الرخص التى تقبضها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها، ليتحدد على ضوئها من يتمتعون بها أو يمنعون عنها. وإنما قرره الدستور باعتباره شرفا لمن يلتمس الطريق إليه من المواطنين، وواجبا عليهم أداؤه، وحقا لا ينهدم، فلا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهره، بل يعتبر أداؤه واجبا لا ينفصل عن الحق فيه؛ ومدخلا إلى حياة لائقة قوامها الاطمئنان إلى غد أفضل.

ومن ثم كان هذا الحق وثيق الصلة بالحق فى الحياة؛ كافلا تكامل الشخصية الإنسانية واستثارة قيم الخلق والإبداع؛ نائيا بأوضاع العمل عن رتابتها وآليتها وجمودها؛ لا ينفصل عن جدارة من يتولاه، وإلا كان نهبا لكل طارق[1]؛ نابذا الإخلال بالشروط المنطقية التى يقتضيها، بما فى ذلك أشكال التحامل التى تضر بقيمة العمل، وتحمل العمال على التخلى عن واجباتهم؛ أو على الأقل تثنيهم عن متابعتها.

ولا يجوز كذلك فصل الحقوق التى كفلها الدستور أو المشرع للعاملين، عن مسئولية اقتضائها، ولا مقابلتها بغير واجباتها، ومدخلها بالضرورة ألا تتساقط المزايا التى ترتبط بالعمل، على من يطلبونها بغير جهد منهم يقارنها ويعادلها، وإلا كان عبؤها فادحا، وإضرارها بالثروة القومية عميقا.

وكلما كان العمل مبرءا من الاستغلال، وغير مقترن بمزايا لا يرتبط عقلا بها، صار طريقا لتحرير الوطن والمواطن[2].

---

[1] القضية رقم ٦٢ لسند ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥- قاعدة رقم ٣١- ص ٥٠٠ - ٥٠٣ من الجزء الثامن.

[2] القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٢/١- قاعدة رقم ٢٣ -ص ٣٦٤- ٣٦٥ من الجزء الثامن.

وعلى الأخص إذا كان ذهنيا قائما على حرية الخلق والإبداع، ومنتهيا إلى تطوير أشكال من الحياة بما يثريها، ويكفل تحقيق الأغراض التى تنص عليها المادة ٤٩ من الدستور التى صاغها لضمان حرية الإبداع فنيا وأدبيا وثقافيا -بما فى ذلك حرية إجراء البحوث العلمية التى تتفرع عنها فضلا عن استبصار وسائل تشجيعها- مؤكدة بذلك أن لكل فرد مجالا حيويا لتطوير ملكاته وقدراته، فلا يجوز تنحيتها أو فرض قيود جائرة تحد منها.

ذلك أن حرية الإبداع تمثل جوهر النفس وأعمق معطياتها. وصقل عناصر الخلق فيها وإذكاؤها، كافل لحيويتها فلا تكون بليدة أو هامدة. بل إن التقدم فى عديد من مظاهره يرتبط بها([1]). وليس إهدار عناصر القوة البشرية أو تحييدها أو تنحيتها، غير تبديد لطاقاتها، وإعراض عن استثمار ملكاتها، بما يثير اضطرابا داخل مجتمعها، ويخل بما ينبغى أن يتوافر فيه من ضوابط التوازن بين من يملكون فرص العمل، ومن يسعون للنفاذ إليها حقا وعدلا.

ولا يجوز على الأخص -وعلى ضوء ما تقدم- أن يظل المعوقون مؤاخذين بعاهاتهم وعوارضهم لا يملكون دفعها أو تقويمها.

ذلك أن تنظيم أوضاع المعاقين -وطنيا كان أم دوليا- توخى دوما ضمان فرص يتخطون بها عوائقهم، ويتغلبون من خلالها على مصاعبهم، ليكون إسهامهم فى الحياة العامة ممكنا ومنتجا. يؤيد ذلك أن نواحى القصور التى تعرض لهم، مردها إلى عاهاتهم، ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تنال بقدر أو بآخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعا" متكافئين مع الأسوياء حتى بَعد تأهيلهم مهنيا، لتبدو مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلائمها الحلول المبتسرة. بل تكون مجابهتها، نفاذا إلى أعماقها، حق المعوقين حتى يكونوا أكثر فائدة، وأصلب عودا، وأوثق اتصالا بأمتهم.

وكان لازما وقد تعذر على المعوقين "عملا" أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكفولا "قانونا" على ضوء احتياجاتهم الفعلية، وبوجه خاص فى مجال مزاولتهم لأعمال بعينها، أو الاستقرار فيها، على أن توازن متطلباتها بعوارضهم التى تنال من قدراتهم عضويا أو عقليا أو حسيا، لتتضاءل فرص اعتمادهم على أنفسهم.

([1]) القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٨/٣٧ -ص ٥٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم، وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم فى العمل، لا يعتمدون فى ذلك على نوازع الخير عند الآخرين، ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التى يقدمونها للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم، ومباشرة مسئولياتهم كأعضاء فى مجتمعاتهم، تمنحهم عونها، وتقيلهم من عثراتهم.

وليس ذلك تمييزا جائرا يفاضل بين المعوقين وغيرهم ليجعلهم أشد بأسا، أو أفضل موقعا من سواهم. وإنما خولهم المشرع تلك الحقوق التى يقوم الدليل جليا على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليها توازنا اختل من خلال عوارضهم.

وتلك هى العدالة الاجتماعية التى حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيدا لجدارته بالحياة اللائقة.

يدعم ما تقدم، أن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منطويا على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض أو المزايا التى يمنحها لفئة دون غيرها Legislators may select different persons or groups for different treatement, since classification is inherent in legislation.

ويتعين دوما لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التى اعتنقها المشرع فى موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التى اتخذها طريقا لبلوغها.

فلا تنفصل النصوص القانونية التى نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها. بل يجب أن تعد مدخلا إليها Appropriate means to the attainmemt of justifiable ends.

بما مؤداه أن حق المعوقين فى فرص العمل التى أتاحها المشرع لهم، لا يجوز فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التى حرص المشرع على تحقيقها من خلال ضمان هذه الفرص[1].

---

[1] "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/٨/٥-قاعدة رقم ٨ -ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

ذلك أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها فى شأن المعوقين، تأخذ واقعهم فى اعتبارها، ولا تنحى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ما تستحق من الرعاية، لتقدم لهم عونا يلتئم وأوضاعهم، نزولا على حكم الضرورة، وبقدرها، فلا يغمطون حقا.

وليس للدولة أن تحجبهم عن فرص العمل، ولا أن تمنحهم معاشا يكون بديلا عنها. ذلك أن طبيعة عوائقهم -وأيا كان مصدرها أو درجة خطورتها- لا تناقض حقهم فى حياة ملائمة يتخطون بها صعابهم، وتكون كرامتهم قاعدتها؛ واعتمادهم على أنفسهم مدخلها؛ فلا تكون احتياجاتهم الخاصة أوزارا ينوؤن بها.

الفرع الثانى
الشروط الموضوعية للحق فى العمل

٢٣٨- من المقرر أن الشروط التى يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، فلا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه بفواتها. ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذى نشأ مرتبطا بها، مكتملا وجودا بتحققها([1]).

وإذ كان لكل حق شروط يقتضيها وآثار يرتبها، من بينها فى مجال حق العمل، ضمان الأوضاع التى يكون أداء العمل فى إطارها إنسانيا ومنصفا ومواتيا، فقد تعين ألا تنتزع هذه الشروط قسرا من محيطها؛ ولا أن يكون مضمونها انحرافا بها عن مقاصدها ليكون مبناها التحامل؛ أو لتناقض بفحواها ما ينبغى أن يرتبط حقا بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل([2]).

وفى هذا الإطار يجب أن يكون أجر العمل وحوافزه، جزاء منصفا لجهد العامل، وأن يكون زمن العمل كذلك موقوتا بالشروط الموضوعية التى ينبغى أن يمارس العمل فى نطاقها، ولو لم

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية "- جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية " جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ -ص ١٢٩٠ - ١٢٩١ من الجزء الثامن.

انظر كذلك "دستورية عليا " -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ - قاعدة رقم ٢٧ -ص ٣٠٩ من الجزء السادس.

([2]) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية " دستورية " - جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ - قاعدة رقم ٤٠ - ص من الجزء السابع.

يتخذ التمييز فى نطاق هذه الشروط، شكل آثار اقتصادية، بل كان أثره منحصرا فى الإضرار بمشاعر العاملين وصحتهم النفسية. ذلك أن التحامل فى شروط العمل وظروفه، يعنى عدوانية البيئة التى يمارس فيها أو انحرافها.

بما مؤداه أن الشروط الموضوعية وحدها، هى التى يعتد بها فى مجال تقدير العمل وتحديد أجره؛ والأحق بالحصول عليه؛ والحقوق التى يتصل بها؛ وأشكال حمايتها، ويندرج تحتها ألا تقع المفاضلة بين العاملين إلا على ضوء تميزهم فى أداء العمل؛ وألا تناقض مباشرته العقيدة التى يؤمن العامل بها؛ وألا يحاط بأوضاع يكون بها أكثر إرهاقا وأقل أجرا. فلا يكون منتجا، ولا كافلا لضمانة الحق فى الحياة واحدا من أهم روافدها([1]).

الفرع الثالث
الآثار القانونية المترتبة على الحق فى العمل

٢٣٩- كذلك فإن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حقا، يفيد بالضرورة ألا يتقرر هذا الحق إيثارا، وألا يمنح تفضلا؛ وألا يكون تنظيم ذلك الحق مناقضا لفحواه؛ ولا نوع أو أجر العمل طاردا للراغبين فى الحصول عليه؛ وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا؛ متوخيا دوما- ومن خلال الشروط الموضوعية- تطوير أنماط الحياة وتشكيلها فى اتجاه التقدم، على أن تدعمه برامج رائدة تزيد من خبرة العامل وتنميها، وتعين على تعاون العمال فيما بينهم، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل فى إطاره إسهاما وطنيا، وواجبا([2]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٣ -ص ٥٥٩ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٤٣ من الجزء السابع.

([2]) الحكم السابق الصادر فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -ص ٥٥٩ من الجزء السابع.

الفرع الرابع
الحمل على العمل

٢٤٠- الأصل فى العمل أن يكون إراديا قائما على الاختيار الحر، فلا يحمل عليه المواطن حملا، إلا أن يكون ذلك تدبيرا استثنائيا مقررا بقانون، متوخيا مواجهة أوضاع لها من خطورتها -كحريق أو فيضان أو زلزال أو أمراض وبائية أو مجاعة مستفحلة- ما يقتضى التعاون على دفعها؛ ومن حدة طروئها ما يحتم أن يكون العمل تكليفا، وموقوتا. فإذا كان مؤبدا، تعذر أن يكون مبررا بالضرورة أيا كان مداها، ولو كان بمقابل عادل، وغدا لونا من السخرة التى دمغها الدستور بمجافاتها للحق فى العمل باعتباره شرفا. ذلك أن السخرة، نقيض اختيار العمل أو التطوع لادائه. ومن ثم شرط نص المادة ١٣ من الدستور لأداء العمل جبرا، أن يكون مقيدا بزمن محدود، وبمقابل عادل، وفى حدود القانون، ولازما لإشباع غرض عام. فلا يساق المواطن إلى عمل لا يرضاه. ذلك أن علائق العمل، تفترض شراء جهة الاستخدام لقوة العمل بعد عرضها عليها. وهو ما يفيد توافق إرادتين على أداء العمل(١).

الفرع الخامس
الحق فى الأجر العادل

٢٤١- لا تنفصل عدالة الأجر عن الأعمال التى يؤديها العامل، سواء فى نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر. ويقتضى إعلاء قدر العمل والارتقاء بقيمته، حمل الدولة على تقدير من يمتازون فيه، ليكون التمايز فى أداء العاملين لديها، مدخلا إلى المفاضلة بينهم. وهو ما يعنى بالضرورة أن الشروط الموضوعية هى التى يعتد بها فى تقدير العمل وتحديد أجره، والأوضاع التى ينبغى أن يمارس فيها، والحقوق التى يتصل بها، وأشكال حمايتها واقتضائها.

ولا يكون الأجر مقابلا للعمل إلا بشرطين:

أولهما: أن يكون متناسبا مع الأعمال التى أداها العامل محددة على ضوء أهميتها وصعوبتها، وتعقدها، وزمن إنجازها.

---

(١) القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٩/١ - قاعدة رقم ٥٣ - ص ٨٣٧ - ٨٣٨ من الجزء الثامن.

ثانيهما: أن يكون مناط التقدير موحدا، فلا تتعدد معايير تقديره التواء أو انحرافا حتى لا يمتاز بعض العمال على بعض، إلا وفق أسس موضوعية تقتضيها كافة العوامل ذات الصلة بالعمل.

بما مؤداه أن قاعدة التماثل فى الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها وتقتضيها موضوعية الشروط التى يتحدد الأجر فى نطاقها([1]).

وتبين المحكمة الدستورية العليا، كافة العناصر الموضوعية التى يعتد بها فى تقدير أتعاب المحامى وذلك بقولها:

<<الأصل المقرر قانونا، أن تتكافأ الأتعاب التى يحصل عليها المحامى تنفيذا لعقد الوكالة، مع قيمة الأعمال التى أداها فى نطاقها، وبقدر أهميتها.

ويتعين بوجه عام أن يقدر أجر كل محام بمراعاة كافة العوامل التى تعين على تحديده تحديدا منصفا، وهى بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها. أولا: حقيقة الجهد والزمن الذى بذله المحامى، وكان لازما لإنجاز الأعمال التى وكل فيها. ثانيا: جدة المسائل التى قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. ثالثا: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابعا: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التى عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامسا: الأجر المقرر عرفا مقابلا معقولا لها. سادسا: القيود الزمنية التى يكون الموكل قد فرضها على محاميه لإنجاز الوكالة، وكذلك تلك التى أملتها ظروفها. سابعا: النتائج التى يكون محاميه قد بلغها فى شأن المبالغ التى يتردد النزاع حولها. ثامنا: مكانة المحامى ومقدرته وشهرته العامة. تاسعا: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه، وعمق امتدادها فى الزمان. عاشرا: الأتعاب التى تقررت لغيره من المحامين فى

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية المشار إليها آنفا ص ٥٥٩- ٥٦٠ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١/١٤- قاعدة رقم ٣٤ -ص ٤٤٦ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠٠٠/١/١- قاعدة رقم ٥٥ -ص ٤٥٣ - ٤٥٤ من الجزء التاسع.

الدعاوى المماثلة. حادى عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التى وكلى فيها بالنظر إلى ملابستها([١])>>.

وإذ كان اقتضاء الأجر العادل مشروطا حتى فى العمل الذى يقهر عليه العامل، وذلك عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور، فإن أداء الأجر كمقابل لعمل أداه العامل اختيارا، فى إطار رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها بها، يكون بالضرورة أحق بالإيفاء كضمانة كفلها الدستور يعزز بها إسهام المواطن فى الحياة العامة، والتمكين من القيم الأصلية التى ينبغى أن تتحلى الجماعة بها([٢]).

الفرع السادس
القيود على الحق فى العمل

٢٤٢- يتعين فى الشروط التى يفرضها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها، أن ترتبط عقلا بمتطلباتها، وأن يكون فرضها لازما لضمان حسن القيام بها، ملتئما مع طبيعتها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافا عن مضمونها الحق، والتواء بمقاصدها، وإرهاقا لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغى أن يهيمن عليها من القيم التى تعلو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التى يقتضيها، وبوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها دون مقتض بين المتزاحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم فى الأمن -اجتماعيا أو اقتصاديا أو نفسيا- أو إضرارها بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم.

وما ينص عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين تزيد أعمارهم على سن معينة، من الالتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم كلما تقرر هذا الحرمان فى صيغة مطلقة تنافى طبيعة هذه الأعمال وشروط أدائها.

([١]) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٤/٢/١٢- قاعدة رقم ١٨-ص ١٨٢ و١٨٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

([٢]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٧/١٥، ٨- ص ١٠٨- ١٠٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، القاعدة رقم ٣٤ -ص ٤٤٩ - ٥٠٠ من الجزء السادس.

ذلك أن من بين تلك الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التى تقتضى ممارستها جهدا عقليا صرفا من القائمين عليها. ولا شأن لها بمظاهر القصور فى قدراتهم البدنية، وما يتصل بها عاطفيا وجسمانيا من تغيير يؤثر سلبا وعملا فى إمكاناتهم.

فلا يكون شرط السن عندئذ مقبولا، إلا إذا كان مبررا بطبيعة الأعمال التى يعهد إلى العامل بها، ونطاق واجباتها ومسئولياتها، ليتحدد على ضوئها ما إذا كان هذا الشرط فاعلا مؤثرا فيها، أو منافيا لها وغريبا عنها.

بما مؤداه أن الأصل ألا يعول على شرط السن لأداء العمل. فإذا كان مطلوبا عقلا لبعض الأعمال، كان ذلك استثناء من هذا الأصل يتعين أن يفسر فى أضيق الحدود، وإلا صار شرط السن ذريعة لنقض الحق فى العمل، ولإهدار المزايا التى يرتبط بها، كالحق فى المعاش.

ولئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل فى ثناياه مخاطر صحية لا يستهان بها، ولا يمكن التنبؤ بزمن طروئها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها؛ إلا أن المهن الحرة التى تقتضى مزاولتها جهدا عقليا، يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحا لمن يطرقون أبوابها، لا يتقيدون فى ذلك بغير الشروط الموضوعية التى تؤهل لممارستها، والتى ينافيها شرط السن باعتباره دخيلا عليها.

وهو ما يعنى أن الشروط التى يتطلبها المشرع للقيد فى الجداول التى تنظم الاشتغال بالمهن الحرة -ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتها، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازما عقلا لممارستها، مرتبطا بجوهر خصائصها The Essence of the Busniess. ذلك أن الأمم على اختلافها، تفقد كثيرا من مصادر قوتها وثروتها، إذا أعيق عمالها -بناء على سنهم- من النفاذ إلى الأعمال التى لايزالون قادرين على النهوض بها، والتى يتكافأون فى إنجازها، أو يمتازون فى أدائها عمن يمارسونها فعلا، ليفقد المبعدون عنها فرص عملهم، وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء تعسفيا، ومخالفا للدستور بالتالى.

بما مؤداه أن شرط السن فى نطاق الأعمال الحرة، كثيرا ما يكون مؤشرا واهيا على القدرة على ممارستها([1]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ -قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السابع.

الفرع السابع
الحرية النقابية لعمال القطاع الخاص

٢٤٣- يتفرع التنظيم النقابى-مهنيا كان أم عماليا- عن حرية الاجتماع التى لا تجوز إعاقتها بقيود جائرة تعطل أو تقيد ممارستها، ولا تدخل فى نطاق تنظيمها.

وتتميز الحرية النقابية التى كفلها الدستور بنص المادة ٥٦، باتساعها لحرية الإرادة فى الدخول فى منظمة نقابية أو الخروج منها؛ وفى أن يكون الشخص عضوا فى أكثر من منظمة نقابية إذا استوفى شروطها، وأن يتجنبها جميعا إذا أعرض عنها، وقرر ألا يلج أبوابها.

وانبثاق هذه الحقوق عن الحرية النقابية يجعلها من ركائزها. وهى فى مجموعها لا تخل بحق النقابة ذاتها فى إرساء القواعد التى تنظم شئونها، وأن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، بما فى ذلك طرائق تمويل نشاطها.

ولا تعارض الحرية النقابية على ضوء هذا المفهوم، ديموقراطية العمل النقابى. ذلك أن الديموقراطية النقابية هى التى تطرح بوسائلها وتوجهاتها نطاقا للحماية يكفل لقوة العمل -أيا كان موقعها- جوهر مصالحها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود.

وهى كذلك مفترض أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتيتها ومناحى نشاطها، فلا تتسلط عليها جهة إدارية؛ ولا تعلق تأسيسها على إذنها؛ ولا تتدخل فى شئونها بما يعوقها عن إدارة نشاطها؛ ولا تحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه هى أكفل لتحقيق مصالح أعضائها؛ ولا تفرض وصايتها عليها.

وليس لها أن تقرر إنهاء وجودها عقابا لها؛ ولا أن تفصل بنفسها فى صحة التنظيم النقابى أو بطلانه كشرط سابق على بعثه إلى الحياة، ولا أن تؤثر فى حق الاقتراع داخل النقابة لتقوض تنظيماتها حتى لا يفوز بمناصبها المختلفة على تباين مستوياتها، الأحق بها.

وإذ كان الاجتماع مع آخرين، ضرورة يقتضيها تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم، بل يكون تكتلها طريقا لتعمق الحقائق على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها، أو تقليص دائرتها؛ وكانت حرية الاجتماع ذاتها؛ هى التى يتفرع عنها حقهم فى بناء تنظيم مشروع

يضمهم -سياسيا كان أم نقابيا – فقد تعين ألا تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا فى نطاق تنظيمها، إلا بقدر حدة هذه المصالح التى وجهتها لتقريرها، وبافتراض مشروعيتها.

يؤيد هذا النظر أن الأصل فى التنظيم النقابى أن يكون منفتحا لكل الآراء، قائما على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها. فلا يكون العمل النقابى إملاء أو التواء، بل توافقا فى إطار المسئولية، وإلا كان مجاوزا الحدود التى ينبغى أن يترسمها Ultra Vires Actions.

وهذه القيم التى يرعاها التنظيم النقابى، هى التى كرسها الدستور بنص المادة ٥٦، والتى تحتم أن يكون هذا التنظيم قائما وفق مقاييس ديموقراطية يكون القانون كافلا لها، توكيدا لأهمية وخطورة المصالح التى يمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانونا لأعضائها.

فلا ينحاز العمل النقابى لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقدميا بالضرورة، متبنيا نهجا مقبولا من جموعهم، وقابلا للتغيير على ضوء إرادتهم.

بيد أن حق النقابة فى تكوينها وفق أسس ديموقراطية، وكذلك إدارتها لشئونها بما يكفل استقلالها، ويقظتها فى الدفاع عن مصالح أعضائها، وتطويرها للقيم التى يدعون إليها فى إطار أهدافها، ووعيها بما يعنيهم، ومراجعتها لسلوكهم؛ لا يخولها العدوان على حقوق كفلها الدستور، ويندرج تحتها حق كل عضو فيها فى التعبير عن الآراء التى يريد إقناع الآخرين بها حتى لا تفرض الأقلية -بحكم موقعها أو سيطرتها- آراءها على المخالفين لها.

ذلك أن أعضاء النقابة جميعهم شركاء فى تقرير أهدافها، وصوغ نظمها وبرامجها، وتحديد طرائق تنفيذها، بما فى ذلك وسائل تمويلها، فلا تكون السيادة إلا لجموعهم، ولا يبسط غرباء عنها سيطرتهم على شأن من شئونها. وشرط ذلك ضمان تعدد الآراء داخل النقابة، وتزاحمها فيما بينها، واتساع آفاقها وتعدد مصادرها، وأن تتخذ النقابة قراراتها على ضوء اقتناع أعضائها بها وقدر تحقيقها لمصالحهم بما يجعل قراراتها هذه بأيديهم.

ذلك أن مفهوم الحرية ليس سلبيا، ولا واقعا وراء جدران مغلقة، ولا منفصلا عن إرادة الاختيار، ليفاضل العمال بين البدائل على ضوء مفاهيم الحق والعدل من منظور اجتماعى، وبما

يكفل سعيهم لضمان الحقوق التى تتصل بمواقفهم، سواء فى جوهر بنيانها، أو من خلال دعم وسائل الدفاع عنها([1]).

وهذه الحرية النقابية التى تصونها المحكمة الدستورية العليا، هى التى تكفل استقرار العمال وتطوير أوضاعهم، ويعتبر ضمانها لازما لمواجهة كل إخلال بها، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعادلان فى آثارهما، ويتأتيان من مصدرين مختلفين:

ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تباشر ضغوطها فى مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجذبهم لدائرة نشاطها، توصلا لأحكام قبضتها على تجمعاتهم.

وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة فى أوضاع الاستخدام فى منشآتهم، أو بالتهديد بفصل عمالهم، أو بمساءلتهم تأديبيا، أو بإرجاء ترقياتهم، لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابى، أو لحملهم على التخلى عن عضويتهم فيه.

ويظل سديدا القول بأن الحرية النقابية، وديموقراطية العمل النقابى، تقتضيان أن تفرض المنظمة النقابية أشكالا من الرقابة الذاتية على الكيفية التى تباشر بها نشاطها، وبما لا يخل بأهدافها، ليكون تقييمها لنواحى القصور فيه، موضوعيا، يعتمد على وسائل تحليلية موثوق بها.

كذلك فإن حق العمال فى تكوين المنظمة النقابية، وكذلك حرية النقابة ذاتها فى إدارتها لشئونها، ومساءلتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفا لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوبا وحيدا ينبسط على كافة صور نشاطها، ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المقيدين بها.

على أن المنظمة النقابية العمالية -وبالنظر إلى طبيعة تكوينها وخصائص نشاطها، ونوع الأغراض التى تتوخاها- كل ذلك جعلها من أشخاص القانون الخاص، ليحكم هذا القانون نشاطها ويضبط تصرفاتها، ولو كان المشرع قد منحها جانبا من خصائص السلطة العامة وامتيازاتها. ذلك

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٦ -ص ٤٦٣ وما بعدها من الجزء السابع.

أن وسائل السلطة العامة التى تمارس المنظمة النقابية العمالية بعض جوانبها، لا تحيلها إلى جهة إدارية فى مقوماتها، ولا تلحقها بها، أو تدمجها فيها.

ولا يجوز فى أية حال، أن تنقض النقابة -ولو بالتذرع بخدمة مصالحها وتقوية نشاطها- حرية التعبير التى تمثل فى ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديموقراطية عنها، وترسيها الدول قاعدة لبنيان مجتمعاتها، ولضمان تفاعل مواطنيها معها.

ذلك أن لحرية التعبير أهدافها التى يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تنحصر مصادرها، ولا آفاقها، ولا أدواتها التى تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار؛ وتتسم بتسامحها مع خصومها؛ وبرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها؛ واستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير.

بما مؤداه أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذيوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يبرر القول بوجودها. كذلك فإن حرية التعبير هى الطريق إلى إنماء الشخصية الإنسانية بما يكفل تحقيقها لذاتها، والإسهام فى أشكال مختلفة من ألوان الحياة ومظاهرها.

وكلما تدخل المشرع بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها بالنظر إلى مضمونها Content - based abridgments، كان ذلك إصماتا مفروضا بقوة القانون فى شأن موضوع محدد انتقاه المشرع انحيازا، مائلا بالقيم التى تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التى تكفل تدفق الآراء وانسيابها بغض النظر عن مصادرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق فى الحوار العام، يفترض تساويها فى مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو حملهم على تبنيها، لا يقل سوءا عن منعهم من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يروجون لها.

وهو ما يعنى أن القسر على اعتناق بعض الآراء، أو إقماع غيرها، سوءتان تناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها.

كذلك فإن موضوعية الحوار، شرطها شفافية العناصر التى يدور الجدل حولها، بما يحــول دون حجبها أو تشويهها أو تزييفها.

وتعلق مفهوم الحوار بالقبول بآراء أو برفضها بعد موازنتها ببعض، وعلى ضوء حقائقــها وإعمال حكم العقل بشأنها، مؤداه أن كل أقوال تنعدم معها فرص الحوار، كتلك التى تحرض على استعمال القوة أو تستثير نوازع العدوان عند من يتلقونها إضرارا بالآخرين، لا يجوز إسنادها إلى حرية التعبير، وذلك بالنظر إلى اقترانها بمضار لا يجوز القبول بها، ولأن مفهوم عـوض الآراء فى سوق مفتوحة لتلقيها وتقييمها، لا ينبسط عليها.

كذلك فإن النظم الانتخابية جميعها، غايتها أن يكون التمثيل وفقا لأحكامــها متكافئـا قـدر الإمكان، وعرض المرشحين لآرائهم متوازنا، والدفاع عنها مكفولا.

وانتسابهم إلى منظمة بذاتها، يفترض دعمهم لأهدافها فى إطار الحوار والإقناع؛ وإعلانــهم كذلك مصادر تمويل حملتهم الانتخابية، ومعدل الإنفاق فيها؛ ويخول المشرع كذلك تنظيــم زمــن حملتهم هذه، ومكان إجرائها، بقصد ضبطها، وبغير إخلال بحريتهم فى التعبير عن آرائهم، ودون تقييد لمضمونها.

وتدخل المشرع بما ينال من فرص الناخبين فى الإدلاء بأصواتهم، لا يقل سوءا عن حرمان بعضهم أصلا -ودون مسوغ- من حق الاقتراع.

كذلك فإن الشروط التى يفرضها المشرع اعتسافا ليحدد بها من يكون مقبولا من المرشـحين الذين يخوضون الحملة الانتخابية، تنعكس سلبا على فرص تعبير الناخبين عن رغباتهم من خـلال أصواتهم.

فلا يكون لها فعاليتها فى شأن اختيار من يطمئنون إليهم، وعلى الأخص فى إطــار نظــم نقابية تتعدد حلقاتها، وتتدرج مستوياتها، وتكفل اتصال بعضها ببعض بما يصون ترابطها.

إذ كان ما تقدم، وكان حق العمال فى المنظمة النقابية فى الاقتراع والترشــيح -يفـترض انتسابهم إليها من خلال عضويتهم الثابتة بها- وكان تعدد الآراء داخل كل منظمة نقابية، قـاعدة لكل تنظيم ديموقراطى، لا يقوم إلا بها؛ ولا يتم الحوار المفتوح إلا فى نطاقها؛ فإن تعليــق حــق

العامل بها فى الترشيح لعضوية مجلس إدارتها، على شرط فوات عام على قيده بها، يكون مخالفا للدستور([1]).

الفرع الثامن
حق الحصول على العمل

٢٤٤- تدبر الدولة فرص العمل لمواطنيها فى نطاق خدماتها الاجتماعية التى يرتبط ضمانها بمواردها وإمكاناتها الذاتية، كى توفر خدماتها هذه بصورة متدرجة ووفق قدراتها، وعن طريق تدخلها إيجابيا لصونها.

ولا كذلك موقفها من الحقوق السلبية -كالحق فى الحياة وفى الحرية - التى يكفيها لصونها مجرد الامتناع عن التدخل فى نطاقها، بما يقيد أو يعطل أصل الحق فيها.

ولئن صح القول بأن الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء فى مجال توجهاتها أو عموم تطبيقاتها؛ وأن النوع الأول من الحقوق يعتبر مدخلا لثانيهما، وشرطا لتحقيق وجوده عملا؛ إلا أن الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق، تكمن فى أصل نشأتها، وعلى ضوء مراميها.

ذلك أنه بينما تعتبر الحقوق المدنية والسياسية، من الحقوق التى تمليها آدمية الإنسان وجوهره، إلى حد وصفها بخصائص بنى البشر، أو إدراجها فى إطار الحقوق الطبيعية الأسبق

([1]) يراجع فى كل ما تقدم، القضية رقم ٨٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧- قاعدة رقم ٩٢ - ص ١٢٦٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٤ -ص ١١٧٥- وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٦ -ص ٤٦٣ - ٤٦٥؛ و القضية رقم ١٨٠ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨- قاعدة رقم ١٠٧ -ص ١٤١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويلاحظ أن لمبدأ الحرية النقابية La liberte syndicale قيمة دستورية وفقا لقضاء المجلس الدستورى الفرنسى C.C. 83 - 162 D. C., 19 - 20 1983.,R.p.49 ويتبنى هذا المجلس كذلك مبدأ مشاركة العمال فى التحديد الجماعى لشروط العمل وإدارة المشروعات.

Le principe de la participation des travailleurs à la determination collective des conditions de travail et a la gestion des intreprises [C.C. 77 - 79 D.C.. 5 Juillet 1977, R.p. 35].

وجودا من تكوين الجماعة التى ارتبط بها، فلا تتكامل شخصيته، ولا يوجد سويا بدونها، ولا يحيا إلا بالقيم التى تشكلها؛ فإن ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للإنسان، توخى دوما تطوير أوضاع البيئة التى تواجد فيها مستظلا بها، ليعيد تكوين بنيانها، عبر الآفاق الجديدة التى تقتحمها.

وهى بحكم طبيعتها هذه، تتصل حلقاتها عبر الزمن، وعلى امتداد مراحل لا تفرضها الأهواء. بل تقررها الدول على ضوء أولوياتها. وبمراعاة مواردها.

وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن الحقوق المدنية والسياسية -وبالنظر إلى قدمها واستقرارها فى الوجدان- لا يجوز النزول عنها، ولا التخلى عن مباشرتها، ولا أن يتعلق تقادم بها(١)؛ وأن الفرد ما توخى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية -التى تناهض الفقر والجوع والمرض بوجه خاص- غير طلبها لتطوير الأوضاع التى يعايشها بما يحقق رخاءه وخيره العلم؛ إلا أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية -وبحكم طبيعتها هذه- يستحيل ضمانها لكل الناس فى آن واحد. بل يرتبط تحقيقها فى بلد ما بظروفها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسئوليتها قبل مواطنيها، وإمكان نهوضها بمتطلباتها.

ولا تنفذ هذه الحقوق بالتالى فور طلبها، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعا لنطاقها، ليكون تدخل الدولة بصفة إيجابية فى شأنها، متتابعا؛ واقعا فى أجزاء من إقليمها؛ منصرفا لبعض مدنها وقراها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعهم. ذلك أن مسئوليتها عنها، مناطها إمكاناتها، وفى الحدود التى تتيحها، ومن خلال تعاون دولى أحيانا(٢).

---

(١) انظر فى ذلك المادة الأولى من الدستور الفرنسى لعام ١٧٩١ التى تقضى بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تشرع أية قوانين يمكنها أن تخل أو تعرقل مباشرة الحقوق الطبيعية والمدنية التى يكفلها الدستور.

le pouvoir legislatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercise des droits naturels et civils garantis par la constitution.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٠٦- ٥٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

الفرع التاسع
معاش العامل ليس بديلا عن أجره

٢٤٥- لا تعتبر أجور العمال بديلا عن معاشاتهم، ذلك إن الالتزام لا يكون بدليا إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي.وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البدل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي. ولا كذلك اجتماع الأجر والمعاش. ذلك إن الجهة التى يقع عليها الالتزام بتقديم المعاش، غير تلك التى تقدم الأجر، ولا يحل أحدهما محل الآخر بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا([1]).

فالحق فى المعاش مصدره المباشر نص القانون، وتلتزم الجهة التى تقرر عليها، بأن تؤديه إلى المؤمن عليه عند انتهاء خدمته وفقا للنظم المعمول بها. وهو يستحق عن مدة خدمة سابقة أداها العامل بالجهة التى كان يعمل لديها قبل إحالته إلى التقاعد، ومقابل حصص أداها فى التأمين الاجتماعى وفقا للقواعد التى تقرر المعاش بموجبها، وتحدد مقداره على ضوئها.

وذلك خلافا للأجور التى تعتبر رابطة العمل، المصدر المباشر للحق فيها، والتى تستحق عن عمل جديد أداه العامل بعد تقاعده، فى الجهة التى التحق بها. فلا يكون هذا العمل إلا سببا لاستحقاق تلك الأجور، وباعثه إلى التعاقد مع الجهة الجديدة.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٤ - ص ٥٠١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٣ -ص ٦٥٧ من الجزء الثامن. وقد أقر المجلس الدستورى الفرنسى كذلك قاعدة الجمع بين معاش التقاعد وأجر العمل المهنى.

Commule de pension de retraite et de revenus d'une activite professionnelle [C.C. 85-200 D.C, 16 janvier 1986. R.p.9].

الفرع العاشر
حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي

٢٤٦- ويندرج في إطار الشروط الموضوعية للعمل، ضمان حق العمال في الرعاية النفسية والصحية والوظيفية. وكذلك الحق في تعليمهم وتدريبهم وتأهيلهم بما يطور من ملكاتهم وقدراتهم. فضلا عن الحق في ضمان أمنهم اقتصاديا واجتماعيا([1]).

وإذ كان حق العمل وثيق الصلة بالملكية وبالحرية الشخصية، وبالحق في الإبداع كلما كان العمل ذهنيا؛ وكان الدستور قد حرص على صون هذه الحقوق جميعها، وحظر تقييدها بغير مسوغ مشروع؛ وكان حصول أعضاء الهيئات القضائية على المبالغ الشهرية الإضافية المكملة لمعاشاتهم الأصلية، يعتبر ضروريا لضمان الحد الأدنى من احتياجاتهم؛ فإن الحق في اقتضاء هذه المبالغ الشهرية الإضافية، لا يجوز أن يعلق على شرط امتناع العضو عن العمل بعد تقاعده، وذلك لأمرين أولهما: أن الحق في العمل من الحقوق التي كفلها الدستور فلا يجوز هدمها. ثانيهما: أن حرمان عضو الهيئة القضائية بعد تقاعده من العمل، مؤداه أن يركن إلى حياة راكدة مغلقة تتهادم بها تلك القيم التي تعلو بقدره، وتؤكد ارتقاءه ويعتبر بتخلفها طاقة عاطلة تفرض أعباءها على غيرها([2]).

الفرع الحادي عشر
حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية

٢٤٧- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا أن الدستور وإن كفل للعمال بنص المادة ٥٩، حقهم في مكاسبهم الاشتراكية، على تقدير أن دعمها والحفاظ عليها يعتبر واجبا وطنيا؛ إلا أن هذه المادة ذاتها قصرت عن بيان الحقوق التي تشملها مكاسبهم هذه، ولم تحل حتى إلى قانون لتحديدها.

فلا يكون الدستور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها، والتي يتساوون في طلبها، وبشرط أن تقابل هذه الحقوق والمزايا بواجباتها، وألا تتساقط عليهم بغير جهد منهم يقارنها ويعادلها، وإلا أخل اقتضاؤها بالثروة القومية وأضر بها بصورة فادحة.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/٨/٥ -قاعدة رقم ٨- ص ١٤٤ من الجزء السابع.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٣٩- ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

وهو ما تؤيده ديباجة الدستور ذاتها التى تقرر بأن التطوير الدائم لأوضاع الحياة فى الوطن، ينبغى أن يكون نهجا متواصلا وعملا دءوبا، مرتبطا بإطلاق الجماهير لطاقاتها وملكاتها، فلا يكون إسهامها حضاريا وإنسانيا إلا عن طريق العمل وحده.

ولئن حدد الدستور بنص المادة ٢٣، الأغراض التى ينبغى أن تتوخاها خطة التنمية، ومن بينها زيادة فرص العمل، وتقرير حدين للأجور لا تقل فيه عن أدناهما، ولا تربو به على أعلاهما، ضمانا لتوازن الدخول وتقريبها فيما بينها؛ إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم رباطا وثيقا بين الأجر والإنتاج، فلا يكون الأجر ومزاياه، إلا من ناتج العمل وبقدره.

وتردد المادة ٢٦ من الدستور هذا المعنى كذلك من خلال ضمانها للعمال نصيبا فى إدارة مشروعاتهم وفى أرباحها، يقترن بالتزامهم بتنمية الإنتاج والمحافظة على أدواته، وتنفيذ الخطة الاقتصادية داخل وحداتهم وفقا للقانون.

وهو ما يعنى أن للحقوق أسبابها وأدواتها وشرائطها، فلا يكون طلبها لازما إلا باستيفائها.

ولقد حرص الدستور بالنصوص التى تضمنها، على أن تكون التنمية طريقا وهدفا، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مراحلها وعيا عميقا.

بل إن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد -التى ترتبط بها مكانة الوطن وقوته- مردها إلى العمل، وأن النضال من أجل الحرية يقتضى أن يكون دور المواطنين فى تثبيتها فاعلا.

وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل -وكلما كان مبرءا من الاستغلال- يصير طريقا لتحرير الوطن والمواطن. ولا يجوز بالتالى أن يقترن بمزايا لا يرتبط عقلا بها.

وإذ كان ما تقدم هو الشأن فى الحقوق والمزايا التى كفلها الدستور للعمال بنصوص صريحة لا لبس فيها؛ فإن ما يقرره المشرع للعمال من حقوق ومزايا لا نص عليها فى الدستور، مرجعها إلى سلطته التقديرية، ولازمها أن يكون بيده وحده -ووفق شروط موضوعية- أمر إبقائها أو إلغائها([1]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة أول فبراير ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٣٦٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

المطلب الرابع
قانون الأحوال الشخصية

٢٤٨- يتحدد الإطار العام لهذا القانون -وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا- في عدد من المسائل التي واجهتها، وعلى الأخص تلك المتعلقة بنطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور؛ وحدود الاجتهاد في مسائل الشريعة الإسلامية؛ ونطاق سلطة ولي الأمر في ذلك.

فضلاً عن القواعد التي أرستها هذه المحكمة، لتوحد بها بين الأسرتين المسلمة والقبطية فيما لا يخل بركائز العقيدة لكل من هاتين الشريعتين.

الفرع الأول
نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور

٢٤٩- شجر النزاع حول دلالة نص المادة الثانية من الدستور بين المعنيين بتطبيق الشريعة الإسلامية لتحكم الحياة القانونية في مصر؛ وبين الذين يعارضون هذا التطبيق، أو على الأقل لا يضعونه موضع الإلزام.

وتردد هذا النزاع بين نظريتين رئيسيتين؛ تعطي أولاهما: مبادئ الشريعة الإسلامية قوة مطلقة كي تحكم النصوص القانونية جميعها، حتى ما كان منها سابقا على العمل بنص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. بما مقتضاه أن ترد إليها الأحكام العملية جميعها، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو اطراحها، إذ هو ملزم بتحريها حتى لا ينقضها أو يعارضها. ولا مجال بالتالي للقول بأن الرجوع إلى مبادئها هذه، قد أتى في مقام الإرشاد والتوجيه(١).

وتقرر ثانيتهما: أن مبادئ الشريعة الإسلامية غير نافذة بذاتها، وأنها في حقيقتها دعوة إلى المشرع كي يوفق معها النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها. وهي بعد دعوة يتمهل فيها

---

(١) د. عوض محمد عوض-دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي- ص ٩٢ من الطبعة الثانية الصادرة عام ١٩٨٣ من دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع بالكويت.

وانظر كذلك الدكتور/ سامي جمال الدين. في مؤلفه تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ص ١٤٨ من طبعة ١٩٨٦ -منشأة المعارف بالإسكندرية. وكذلك الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار- مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٩ ص ١٥٥.

على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقبل عليها إلا بقدر، وفى صورة متدرجة كى يكـــون التغيير متعقل الخطى.

وأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمـــة، إلا إذا تدخل المشرع وقننها. وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تظـل معمولا بها ولو شابها عوار مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخـــل المشـرع لتغييرها بما يطهرها من عيوبها([1]).

٢٥٠- ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا أيا من هذين المنهجين. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فى شأن النصوص القانونية جميعها، ما كـــان منها سابقا أولا حقا على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، يناقض ما قصده الدســـتور مـــن إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقـــوق هـــى وقائعها التى تنشئها، أو هى أسبابها التى تنتجها. وهى بذلك تتقدم الحقوق التى تولدت عنها، مثلها فى ذلك مثل من يردون بئراً للسقيا، إذ يتعين أن يكون موجوداً قبل توجههم إليه.

وإذ كان نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها يقضى بوجوب الرجوع إلـــى مبـادئ الشريعة الإسلامية فيما تقره أو تصدره السلطتان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونيـــة، فإن هذه المبادئ -وقد جعلها الدستور مصدراً لهذه النصوص- تعتبر قيداً عليها من وقت اعتبارها منهلا لها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك النصوص القانونية السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمـها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كى تستقى أحكامها منها، أو حتى لا تخرج -على الأقل- فى مضمونها عنها.

([1]) اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه فى الحكم الصادر عنها فى ٣ إبريل ١٩٨٢ فى الطعن المرفـــوع إليها والمقيد بجدولها تحت رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. انظر فى عرض دلالة نص المـــادة الثانيـة فـى الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٨ لسنة ٣ القضائية للمستشـــار الدكتور/ عوض المر وكذلك ص ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليـا الدكتور/ عادل عمر شريف، وعنوانها القضاء الدستورى فى مصر.

ثانيهما: أن الدستور لا يصوغ أحكامه على سبيل التخيير بين القبول بها أو اطراحها. وإنما تنحل جميعها إلى قواعد آمرة تفرض نفسها على الدولة والكافة وفق مضمونها وفي حدود أغراضها. وتظل النصوص التشريعية التي تصدر على خلافها، قائمة إلى أن تبطلها المحكمة الدستورية العليا، فلا يقع ذلك الفراغ التشريعي الذي يتخوفونه، وعلى الأخص بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تغاير في مضمونها مطلق أحكامها. إذ ترتد هذه المبادئ في بنيانها إلى كل قاعدة شرعية كلية لا نزاع في مصدرها أو دلالتها.

ويتعين بالتالي التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة؛ وبين أحكامها التفصيلية التي اجتهد الفقهاء في بيانها. فأصابهم أو جانبهم التوفيق في عرضها. ذلك أن الاجتهاد إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه، أو فيما ورد به نص يحتمل التأويل. ولا كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية في ثبوتها ودلالتها.

وعلى ضوء هذين الاعتبارين، قررت المحكمة الدستورية العليا أن حكم المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠- يدل على أن الدستور فرضها كقيد على المشرع في شأن النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها بعد هذا التعديل، كي لا تناقض هذه النصوص -في مضمونها- القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي تمثل ركائز بنيانها. وهي أصولها الثابتة التي لا يجوز تحريفها، والمقطوع بثبوتها ودلالتها، والتي لا تقبل اجتهادا يعدلها أو يحورها، بالنظر إلى علوها على كل قاعدة تشريعية تعارضها([1]).

على أن يكون ملحوظا أن تنقية السلطة التشريعية للقوانين القائمة مما يشوبها من عوار خروجها على أصول الشريعة ومبادئها الكلية، ليس مشروطا لإعمال نص المادة الثانية من الدستور. وإنما اقترن تعديل هذه المادة، بدعوة السلطة التشريعية إلى أن تأخذ هذه المهمة على

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥- قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

عاتقها؛ وبحثها على أن توليها اهتمامها؛ وإن كان تسلبها عن مباشرة هـذا الاختصـاص يثـير بالضرورة مسئوليتها السياسية.

الفرع الثاني
انفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلافية

٢٥١- لم تكن الدعوة إلى قفل باب الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية عملاً صائباً ولا نـهجاً حميداً.

ذلك أن الأحكام العملية جميعها متطورة بالضرورة لأنها تواجه النـاس فـى احتياجاتـهم المتغيرة ومصالحهم المختلفة.

فلا تكون موالاة النظر فيها، غير تطوير للشريعة الإسلامية يكفل مرونتها ويعطيها روافـد جديدة تصلحها لمواجهة النوازل على اختلافها؛ وتأخذ بكل مصلحة معتبرة شرعاً، فلا تسقطها من حسابها لمجرد أن الأقدمين أغفلوها،أو لم يقيموا لها وزنا. وفى ذلك ضمان لتجدد الشريعة وتدفـق ينابيعها إرواء لأرض عطشى إلى اجتهاد ييسر على الناس أحوالهم، ولا يوقعهم فى الحرج.

وما الاجتهاد غير إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه؛ وهو كذلك ليس تشهيا أو إنكاراً لمـا علم من الدين بالضرورة. بل نظرا عميقا فى الشريعة الإسلامية، واتصالا بمقاصدهـا النهائيـة، واقتحاما لمسائلها من خلال رد الأمر المتنازع إليه إلى الله ورسوله.

وهى بذلك لا تقبل جمودا يبقيها عند لحظة زمنية بذاتها جاوز التطور مفاهيمها؛ ولا تقيـدا بآراء بذواتها ليس لها من نفسها ما يعصمها من العدول عنها، ولا تصلباً عقيماً يتجاهل ما طـرأ على الأوضاع القائمة من تغيير. فلا يكون ثباتها على حال واحدة لا تبديل فيها، غير نكول عـن حق أولى بالاعتبار.

ولئن صح القول بأن أصول الشريعة الكلية ومبادئها الكلية، تبلور إطارهـا العـام، وإنـها تفرض نفسها على كل قاعدة قانونية على خلافها لتردها إليها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأحكـام الظنية غير مقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معا. فإن دائرة الاجتهاد تنحصـر فيـها لضمـان مرونة الشريعة وحيويتها، فلا تجمد معطياتها، أو تتحجر قوالبها.

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد ليس قفزاً في الفراغ، بل يتعين أن يكون واقعا في إطـار الأصول الكلية للشريعة، كافلا صون مقاصدها النهائية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والعقل والنفس والعرض والمال؛ متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية التي تكون في مضمونـها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكـام لتحقيقـها، وبمـا يلائمها.

وليس الاجتهاد في أية حال محض تقليد لآراء الأولين، ولا افتراء على الله كذبا بـالتحليل والتحريم؛ ولا عزوفا عن أحوال الناس والصالح من أعرافهم، ولا نهيا على التأمل والتبصر فـي دين الله تعالى؛ ولا إنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، وأن اجتهاد أحد من الفقـهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره.

ومن ثم صح القول بأن آراء الفقهاء على اختلافها، لا يجوز النظر إليها باعتبارها شرعا لا ينقض، وإن ما يصلح منها لمواجهة الأوضاع المتغيرة، ليس بالضرورة أقواها حجة، بل قد يكون أضعفها تأصيلاً، أفلحها لمواجهة حالة قائمة؛ فلا يجوز إهداره، ولو كان مخالفـاً أقـوالا لفقـهاء آخرين اطرد العمل بها في زمن معين.

الفرع الثالث
حق ولي الأمر في الاجتهاد

٢٥٢- ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح العباد -عن طريق الأدلة النقلية والعقلية- حق لأهل الاجتهاد؛ فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولي الأمر يستعين عليه -في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها- بأهل النظر في الشئون العامة، إخمادا للثـائرة، وبمـا يرفع التنازع والتناحر، ويبطل الخصومة.

ويتعين دوماً أن يكون واضحاً في الأذهان أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدرا نهائيا ووحيدا لاستقاء الأحكام العملية منها.

بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة، هي تلك التي تكون متلاقية مع مقـاصد الشـريعة، موافقة لها، وبشرط أن يرجح ولي الأمر عند الخيار بين أمرين، أيسرهما ما لم يكن إثمـا، فـلا

يشرع حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم ويعسر أمرهم إعمالا لقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين حرج".

بما مؤداه أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كافلا للشريعة تماسكها ومرونتها، واتصال أصولها بفروعها، وثمارها بجذورها بما يعينها على اكتمال نمائها. وليس لولى الأمر بالتالى أن يتقيد بآراء بذاتها لا يريم عنها، خاصة وأن الصحابة والتابعين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد، طلبا لنفعهم أو دفعا لضرر عنهم، أو رفعا لحرج يصيبهم([1]).

الفرع الرابع
حضانة الصغير

٢٥٣- لئن أحال المشرع فى شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين -وفى إطار القواعد الموضوعية التى تنظمها- إلى شرائعهم مستلزما تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها؛ وكان الدستور قد أورد أحكاما رئيسية فى شأن الأسرة تؤكد أن الحق فى تكوينها لا ينفصل عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدتها، أو يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأسرة المصرية تحكمها قواعد وقيم لا انقطاع لجريانها يتصدرها إرساء أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذه الأسرة لا يصلحها اختيار سن للحضانة لا يتحدد وفقا لتغير الزمان والمكان؛ ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة ممن لها عليهما حق الحضانة بما يروع المحضونين أو يعنتهم أو يشق عليهم؛ وكان لا يجوز إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعا لذكورتهم أو أنوثتهم أو خصائص تكوينهم؛ ولا أن يمايز المشرع فيما يتعلق بسن الحضانة -التى لا يتصل تحديد بدايتها ونهايتها، بأصول العقيدة وجوهر أحكامها- بين المصريين تبعا لديانتهم؛ وكان الصغير

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٤ قضائية "دستورية"- جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤١ - ٦١١ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يونية ١٩٩٨- قاعدة رقم ١٠٢ -ص ١٣٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٠ -ص ٣٢٥- ٣٥٣ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤١ ص ٥٦٩- ٦٦١ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٣ لسنة ٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٦ -ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء السابع.

والصغيرة يحتاجان معا فى شأن حضانتهما، إلى خدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تمييز فيها؛ فقد تعين أن يتحد المصريون فى القواعد التى تحكم سن الحضانة، والتى لا شأن لها بالأصول الكلية لعقائدهم على اختلافها. وإنما هى أوثق اتصالا بمصلحة الصغير أو الصغيرة اللذين تضمهما أسرة واحدة، وإن بعد أبواهما عن بعضهما البعض([1]).

الفرع الخامس
في مسائل الولاية على النفس

٢٥٤- تحديد سن الولاية على نفس الصغير، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين؛ وكان هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير فى مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بيانها؛ وكان لا يجوز فى غير المسائل التى حسمتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلالتها، أن يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعا لديانتهم، تقديرا بأن الأصل هو تساويهم جميعا فى الحقوق التى يتمتعون بها وكذلك على صعيد واجباتهم؛ وكانت الأسرة القبطية هى ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعهما القيم والتقاليد عينها، وإلى مجتمعهم يفيئون تعبيرا عن انصهارهم فى إطار أمتهم، ونأيهم عن اصطناع الفواصل التى تفرقهم؛ فقد صار لازما ألا يمايز المشرع بينهم فى مجال الولاية على النفس التى تتحد مراكزهم بشأنها، سواء فى موجباتها أو حد انتهائها، وإلا كان هذا التمييز منفلتا عن الحدود المنطقية التى ينبغى أن يترسمها، ومخالفا بالتالى لنص المادة ٤٠ من الدستور، ومجاوزا كذلك الحق فى الحرية الشخصية التى يكون التماس وسائلها -ويندرج انتهاء الولاية على النفس تحتها- مطلبا لكل مواطن وفقا لنص المادة ٤١ من الدستور.

وقد دل الدستور بالمواد ٩، ١٠، ١١، ١٢ على أن للجماعة مقوماتها الأساسية التى لا يجوز أن ينعزل بنيان الأسرة عنها، باعتبار أن تكوينها وصونها على امتداد مراحل بقائها، أكفل لوحدتها، وأدعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روافد لا انقطاع لجريانها يتصدرها إرساء

([1]) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- على أن حق حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة، وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة. ويجوز للقاضى بعد هذه السن، إبقاء الصغير حتى فى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، فى يد الحاضنة، ودون أجر حضانة، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك. وتتعلق هذه المادة بالمصريين من المسلمين، ولكن المحكمة الدستورية العليا طبقتها على المصريين جميعهم بغض النظر عن ديانتهم.

أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ والتوفيق بين عمل المرأة فى مجتمعها وواجباتـــها فـــى نطاق أسرتها؛ وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تكفل لمجتمعها تلــك القيــم والتقاليد التى يستظلون بها.

وهذه الأسرة ذاتها -وبغض النظر عن عقيدة أطرافـــها- لا يصلحـــها مباشـــرة الأوليـــاء لولاياتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة، ولا مجاوزتهم مقاصد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها، ويمزجها بالولاية على المال فى سبب نشوئها أو انتهائها.

وإنما ينبغى أن يكون لكل من هاتين الولايتين دوافعها وشروط انقضائها، وشرط ذلـــك أن يكون للولاية على أنفس الصغار زمنها، فلا يكون بقاؤها مجاوزا تلك الحـــدود المنطقيـــة التـــى تقتضيها مصلحتهم فى أن يمارس أولياؤهم عليهم إشرافا ضروريا لتقويمهم، ولا أقل مما يكـــون لازما لاعتمادهم على أنفسهم فى مجال الاتصال بالحياة، وولوج طرائقها واختيار أنماطها. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغا طبيعيا كافيا لزوالها، وإلا كان بلوغ السن التى يتهيأ عندها لتدبير أمره، منهيا لها.

وتلك هى القاعدة الموحدة التى ينبغى لكل أسرة التزامها، ضمانا لترابطها واتساق نســيجها مع مجتمعها([1]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٩ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ -قاعدة رقـم ٣/٧٠-١١ ص ١٠٢٤ - ١٠٢٧ من الجزء الثامن.

الفصل الحادى عشر
الرقابة القضائية على الدستورية

المبحث الأول
القواعد الكلية التى تحكمها

٢٥٥- ترتبط القواعد الكلية للرقابة على الدستورية، بالمفاهيم التى لا تتحول عنها الجهة القضائية التى تباشر هذه الرقابة، لتفصل على ضوئها فى دستورية النصوص القانونية. إذ هى معايير موحدة لا تتباين تطبيقاتها، ولا يتصور أن يثور حولها جدل ذو شأن، وأهمها:

أولا: ضمان الوحدة العضوية لنصوص الدستور

٢٥٦- نصوص الدستور لا تتهادم أو تتنافر ولا تتعزل عن بعضها. بل يضمها رباط منطقى يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها والأغراض النهائية التى يقوم الدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تآلفها فى معانيها، وتضافرها فى توجهاتها([1]).

ثانيا: وجوب التوفيق بين نصوص الدستور فى إطار تكاملها

٢٥٧- وإذ كان الأصل فى نصوص الدستور هو كفالتها حقوق الأفراد وحرياتهم، فإن مساس الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه يفسر تفسيرا ضيقا. ومن ذلك أن ما تقرر فى الدستور للعمال والفلاحين من مقاعد فى المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها؛ ومن مصادرة أموال أسرة محمد على؛ ومن قصر حق اللجوء إلى القاضى الطبيعى على المواطنين. ويتعين بالتالى تأويل نصوص الدستور هذه، بما يوفقها -وكلما كان ذلك ممكنا- مع أحكامه.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٥ ق "دستورية"- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥ -ص ١٤٨ من الجزء السادس.

فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون. فإذا أفرد الدستور ميزة لبعضهم بما يقدمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تعين تحديد المنتفعين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضي بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقا للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوق التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تدبيرا استثنائيا يتقيد بمبرراتها. ولا يجوز بالتالي تغليبها على حقوق الملكية التي كسبها أصحابها بطريق مشروع وفقا للدستور أو القانون؛ ولا اعتبارها نكالا بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعا، فلا يبقى منها بعدئذ ما يعولون عليه في معاشهم.

وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهدافها، فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة نافيا لوجودها، ولا مهدرا حقها في الحياة، ولا معطلا جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها انتهبتها. ويندرج تحتها أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو اكتسبها أغيار لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعني موازنة المصادرة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة، بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيانها إلا إذا تحرر اقتصاديا من يطلبونها، وكان بوسعهم بالتالي الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها(١).

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "دستورية"- جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧-القاعدة رقم ٦٢ -ص ٩١٦ - ٩١٨ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥١- ص ٧٩٢- ٧٩٣ من الجزء الثامن. حيث رفضت المحكمة نقض حقوق الملكية الخاصة التي كفلها الدستور والإخلال بحرمتها، بناء على ما ادعاه الطاعنون من قيام المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي، ومن تأسيس النظام الاشتراكي الديموقراطي، على الكفاية والعدل.

ثالثا: علو نصوص الدستور على ما سواها وامتناع تدرجها فيما بينها

٢٥٨- ويظل الدستور -وأيا كان مضمون قواعده- معتليا النصوص القانونية جميعها إذا كان مدونا جامدا، ولو كان رجعيا وليد أفكار مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أفرط في الحقوق التى كفلها للدولة فى علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانونا بالمفهوم العام لكلمة القانون. إلا أن الدستور يعتبر قانونا أساسيا يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها([1]).

ونصوص الدستور هذه، لا تتدرج فيما بينها، حتى لو قيل بتفاوتها فى أهميتها.

ذلك أن أهميتها هذه، تقابل دورها فى الحياة الاجتماعية. وهى تعمل مع غيرها من نصوص الدستور فى إطار منظومة متكاملة تتناغم فى قيمها وتوجهاتها؛ وتتعاون فى تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل الحماية التى تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة فى درجتها ومنزلتها،وإمكان اقتضائها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تتدرج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض فى إطار منظومة هرمية تتقيد فيها كل قاعدة قانونية بتلك التى تعلوها فى مدارج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل فى إطارها([2]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ١٥ -ص ١٤٦- ١٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق "دستورية" -جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣١ -ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - القاعدة رقم ٥١ ص ٧٩١ - ٧٩٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٥٠- ١٥١ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرح بالضرورة "دستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه؛ فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية، يستنهض الفصل فى مشروعية الخروج عليها.

ولئن صح القول بأن نصوص الدستور لا تتمايز قانونا أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها فى أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنتظمها قائمة واحدة فى مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التى كفلها لا تنفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر مدخلا لغيره، أو موطئا لتقرير وسائل حمايته. وتشدها إلى بعضها الأغراض النهائية التى تتوخاها. وتقتضى مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها فى إطار القيم التى يحتضنها الدستور.

ومن ثم لا تتمايز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور – فى الطريقة التى رتبها بها – حقا أو حرية بذاتها على غيرها[1].

رابعا: النظرة الأشمل لنصوص الدستور
هى الطريق لفهمها

٢٥٩– لا يجوز أن يدور الفصل فى المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولا أن يحوم حول أسوارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التى تتعاون على تحقيقها؛ ولا تحليلها بعيدا عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التى أخرجتها من رحمها.

فإذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها، أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاعن المثارة فيها بصورة أدق، ونطاق المصلحة الشخصية التى وجهتها.

---

(١) دستورية عليا" –القضية رقم ٦ لسنة ق "دستورية"– جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ –قاعدة رقم ٣٧ –ص ٣٥١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وكلما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلا فى المسائل التى تحكمها، كالنص فى الدستور على الحق فى الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصلين يمنعان كافة القيود غير المبررة على البدن؛ ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإن فهم هذه الفروع جميعها وإعطاءها دلالتها، يقتضى إرجاعها إلى أصل الحق فى الحياة وفى الحرية الشخصية اللذين يحكمانها([1]).

كذلك، فإن النظرة الأشمل لنصوص الدستور، هى التى ترد إلى هذه النصوص جميعها، صور العوار المتعلقة بالنصوص القانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور العوار المدعى بها أو تخلفها،يقتضيها أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها؛ حررتها من شبهة مخالفة الدستور.

خامسا: ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص القانونية

٢٦٠- تنحصر مخالفة النصوص القانونية للدستور فى صور بذواتها يندرج تحتها:

١- أن الفصل فى دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار مرن ضمانا لاتساعها لأوضاع تتباين ظروفها، أم أفرغها فى صورة جامدة توحيدا لفروض تطبيقها([2]).

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق المواطنين وحرياتهم فى وثيقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبررا بالحقائق التاريخية، أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التى قارنتها، بما فى ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ -قاعدة رقم ٦٦ -ص ٩٦٧ من الجزء الثامن.

([2]) دستورية عليا -القضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ - قاعدة رقم ١٢/١٢ -ص ١٧٥ من الجزء الثامن.

ولا شأن بالتالى لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل،بمرتبة هذه الوثائق، ولا بوجوب الرجـــوع إليها، والتوفيق بينها([1]).

٣- تخلى السلطتين التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تفريطها فـــى مسـئوليتها قبـل مواطنيها، مؤداه تسلبها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التى لا يكتمل الانتفـــاع بــها بغـير تدخلها. ويعتبر هذا الامتناع مخالفا للدستور، ولو قيل بأن مسئولية تقويم ذلك الامتناع -فى كـل صوره- مردها إلى هيئة الناخبين.

٤- ما تقضى به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحا ونافذا كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها،دون تطهيرها مما قد يشوبها من عوار يبطلها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقا للدستور([2]).

٥- لا شأن لدستورية النصوص القانونية، بالكيفية التى يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التـى فهمها بها القائمون على تنفيذها([3]).

٦- ليس لازما لتقرير مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تتجـه إدارة المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفى لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبنـاه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية فى التقدير؛ أو سوء فهمها للدستور؛ بل ولو كان وقوع المشرع فى هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

٧- لا شان للرقابة على الشرعية الدستورية، بالسياسة التشريعية التى استنسـبها المشـرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها -من خلال النصوص التى أقرها- لا يصادم حكما فـى الدستور([4]).

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٤/٤- قاعدة رقم ١٦/٢٧- ص ٣٤٤ من الجزء السادس.

([2]) القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية عليا" -جلسة ١٩٧١/٣/٦- قاعدة رقم (١) ص ٣ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة فى الدعاوى الدستورية.

([3]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقـم ٤/٨٩، ٥ -ص ١٢٢٠ من الجزء الثامن.

([4]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ق "دستورية"- جلسـة ١٩٩٨/٣/٧ -قـاعدة رقـم ٥/٨٨ -ص ١٢١٢- ١٢١٣ من الجزء الثامن.

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيرا ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة انحرافها عن المصلحة العامة. فلا يكون التحقيق في بواعثها تلك،غير دليل إما على سوء استعمال المشرع لسلطته، أو على تقيده بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيما تشريعيا موافقا للدستور، قد يناقض التقدير القضائي لها. فلا يعتد بغير هذا التقدير في تقرير دستوريتها.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذواتها، أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقا للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بافتراض أن تغييرا لم يطرأ عليها([1]).

١١- إذا نظم المشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع سابق، اعتبر ذلك إلغاء ضمنيا للنصوص القديمة، لتحل محلها النصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملا بنص المادة الثانية من القانون المدني. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها الدستور، فإن شوائبها تتعلق بها وحدها، ولا تنسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، والتي أحلها المشرع محلها([2]).

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها الدستور. ذلك أن تعييبها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها المواطنون.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق "دستورية"- جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ٢٣٩٢ من الجزء الثامن.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩١/١٢/٧ -قاعدة رقم ٣/١٣ - ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

١٣- لا يجوز التمييز فى مجال الأوضاع الشكلية التى يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية، بين شكلية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشكلية التى يقتضيها الدستور واحدة فى أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالى إفراغ هذه النصوص فى قوالبها التى فرضها الدستور، وذلك حتى لاتفقد خصائصها كقواعد قانونية تستمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يعدمها، ولو كان مضمونها موافقا للدستور.

ولا كذلك الشكلية التى يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين. ذلك أن الإجراء ولو كان معيبا، ينقلب صحيحا بتحقق الغاية من الشكلية التى تطلبها المشرع فيه([1]).

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلتزم قيما تقدميه ارتضتها الأمم المتحضرة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن يناهض هذه النصوص ويقرر عكسها،أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، يخصها وحدها، ولا شأن لسواها بها أيا كان قدر صوابها. فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذى يحكمها دون غيره. بشرط إلا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

<u>سادسا: امتناع تقرير بطلان على بطلان</u>

٢٦١- إبطال النصوص القانونية بحكم قضائى، مؤداه زوالها وانتهاء وجودها. ولا يتصور بالتالى تقرير بطلان جديد على شئ صار معدوما. فالساقط لا يعود.

ولا ينقسم البطلان أو يتجزأ حتى مع تباين أوجهه واختلافها فيما بينها.

إذ هو بطلان واحد محله النصوص القانونية التى تعلق بها. ولا تتمايز أوجهه أو روافده فى نتيجتها، ذلك أن كلا منها يعتبر كافيا بذاته لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها.

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٢/١٦-ص ٢٦٦ من الجزء الثامن.

فلا يمتاز بطلان فى طبيعته ودرجته وأثره، على بطلان آخر. فإذا اتصل وجـــه للبطـــلان بنص قانونى، فقد هذا النص وجوده، وهمد نبض الحياة القانونية فيه، ولا يتصور أن يحيـــا مـــن جديد ليتعلق به بطلان آخر.([1])

سابعا: امتناع تفسير الدستور في غير خصومة قضائية

٢٦٢- تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بتفسير الدستور من خـــلال خصومـــة قضائية تدخل فى ولايتها، وتتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها؛ وبشـــرط أن يكون إجراء هذا التفسير لازما للفصل فى المسائل التى تطرحها هذه الخصومة. فإذا كان مجـــرد تفسير الدستور هو موضوع هذه الخصومة، خرج هذا التفسير عن ولايتها([2]).

وتبدو خطورة تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، فى أن صدور هذا التفسير يقيد ليس فقـــط المحكمة الدستورية العليا، بل كذلك المحاكم جميعها خاصة وأن صدور هذا التفسير يمنعها مـــن تعديله،ومن فهم الدستور وتطويره على ضوء الأوضاع المتغيرة. بما يناقض حقيقة أن الدســـتور وثيقة نابضة بالحياة، قابلة للتفسير المرن. ولا كذلك أن يجمد تفسير الدستور عند لحظـــه زمنيـــة بعينها إذا ران التحجر على فهمه من خلال مقاييس منصرمة.

ثامنا: لا افتراض لشرط المصلحة في الخصومة الدستورية

٢٦٣- لا يناقض شرط المصلحة فى الخصومة الدستورية، طبيعتها العينية، ولا أوضـــاع الفصل فيها وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم يندمج هذا الشرط فى نظمها الإجرائيـــة عملا بنص المادة ٢٨ من هذا القانون. ذلك أن عينية الخصومة الدستورية، لا تعنى أكثر مـــن أن النصوص القانونية المطعون عليها،هى مدار هذه الخصومة أو موضوعها. وأن مقابلتها بنصوص الدستور للتحقق من تطابقها معها أو مخالفتها لها، هو هدفها أو غايتها النهائية.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤ لسنة ١٤ ق "دستورية"- جلسة ١٩ يونيه ١٩٩٣- قـــاعدة رقـــم ٣٠ - ص ٤١٧ و٤١٨ من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ ق "دستورية"- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -قـــاعدة رقـــم ١٥ ص ١٤٩ مـــن الجزء السادس. ويلاحظ أن مؤدى عدم جواز تفسير الدستور كطلب قائم بذاتـــه، أن الطلـــب المقـــدم إلـــى المحكمة الدستورية العليا لتعارض مدعى به بين نصين فى الدستور، يخرج عن اختصاصها.

ولكن هذه الخصومة تظل واقعة فى نطاق حق التقاضى كوسيلة لرد عدوان على حق أو حرية انتهكتها النصوص القانونية المطعون عليها. ويتعين بالتالى أن يتعلق الإخلال بهذا الحق أو بتلك الحرية بشخص معين، وأن تكون مصلحته الشخصية المباشرة -القائمة أو المحتملة- ظاهرة فى رد هذا العدوان.

والقول بأن لكل مواطن صفة مفترضة فى اختصام النصوص القانونية، ومصلحة مفترضة فى إهدارها، مردود أولا: بأن الأصل فى الخصومة هو تعلقها بمنفعة يقرها القانون. ولا يقر القانون أن يتحول النزاع القضائى إلى نزاع لمصلحة القانون فى صورة مجردة. ذلك أن الفائدة العملية التى يجنيها المدعى من الخصومة الدستورية، هى التى تحركها، وهى دافعها وموجهتها. ومردود ثانيا: بأن استنهاض نصوص الدستور وإنزالها فى الخصومة الدستورية، يفترض توافر شروط قبولها. وتتدرج الصفة والمصلحة تحتها.

ومردود ثالثا: بأن افتراض المصلحة فى الخصومة الدستورية، يحيلها إلى خصومة أصلية بعدم الدستورية لا صلة للحكم الصادر فيها بنزاع موضوعى قائم. وإنما ينحصر موضوعها فى تقرير حكم الدستور مجردا فى شأن المسائل التى تثيرها هذه الخصومة.

وهو ما يعتبر انتقالا بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا غيره من القوانين والدساتير الأجنبية فى عموم تطبيقاتها([1]).

تاسعا: افتراض دستورية النصوص القانونية

٢٦٤- لا يفترض فى النصوص القانونية التى أقرها المشرع أو أصدرها، أنه صاغها لنقض حقوق كفلها الدستور لأصحابها أو لحجبها عنهم.

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا أن هذا الافتراض لا يقوم فى الأحوال الآتية:

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم١ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٩/٢٤، ١٠ -ص ٢٨٤ و ٢٨٥ من الجزء السادس.

أولا: أن يكون ظاهرا من وجه النصوص القانونية المطعون عليها، مخالفتها للدستور، كتلك التى تقوم على التمييز بين المواطنين بناء على اللون أو بالنظر إلى اختلافهم فى العقيدة، أو بناء على معارضتهم السلطة فى توجهاتها،أو لتجريمها أفعالا لا تقتضى الضرورة الاجتماعية تأثيمها.

ثانيهما: أن يكون النص القانونى المطعون عليه مكونا من أجزاء متعددة، متداخلة معانيها، منبهمة فواصلها، بحيث تضطرب فى الركائز التى تقوم عليها.

ثالثا: أن تخل النصوص المطعون عليها بحق أو بحرية أساسية كفلها الدستور. إذ يعامل كل عدوان تشريعى جسيم عليها، باعتبارها مشتبها فيه؛ ومقتضيا رقابة صارمة أساسها أن تقييد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة جوهرية قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالا بها.

عاشرا: ليس ثمة نصوص توجيهية في الدستور

٢٦٥- ليس فى الدستور -شأنه فى ذلك شأن القانون- ثمة نصوص مجردة من آثارها القانونية، وإلا كان تدوينها فى الدستور غير محمول على معنى الإلزام بأحكامها؛ ومنصرفا إلى تخيير المشرع بين القبول بها أو إهمالها، حال أن التخيير بين بديلين يفترض تساويهما فى القوة أو الأثر. وهو مالا يتصور فى نصوص الدستور التى تعلو بمنزلتها على ما دونها من النصوص القانونية. وما قصد الدستور بها إلا إخضاع كل سلطة لأحكامها، ليكون تطبيقها فرض عين. فضلا عن أن القول بالطبيعة التوجيهية لنصوص الدستور، يناقض خصائصها كقواعد آمرة لا يجوز إهمالها أو التخلى عنها([1]).

حادى عشر: الأصل في السلطة التقديرية هو الإطلاق

٢٦٦- الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوما لها لا يجوز اقتحامها.

بما مؤداه أنه فيما خلا القيود التى يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتنفيذية فى مجال إقرار أو إصدار النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن تباشرا اختصاصاتهما

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/٨/٥ -قاعدة رقم ٥١ -ص ٧٩٣ من الجزء الثامن.

التقديرية بعيدا عن الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا فى شـأن الشـرعية الدستورية، والتى لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن -بمعاييرها الذاتية- السياسـة التـى انتهجـها المشرع فى موضوع معين؛ ولا أن تناقشها أو تخوض فى ملاءمة تطبيقها عملا؛ ولا أن تنتحـل للنص المطعون فيه أهدافا غير التى توخاها المشرع؛ ولا أن تكون خياراتها بديـلا عـن عمـل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكفيهما أن تباشرا الولاية التى تختصان بها فى الحدود التـى بينها الدستور، وأن يستلهما فى ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسـائلهما إلـى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلا بها([1]).

ثاني عشر: بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٢٦٧- لا ينحصر مجال الرقابة على الشرعية الدستورية فيما أخل به المشـرع بصـورة مباشرة من الحقوق التى كفلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أهدره ضمنا من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضا.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الآثار القانونية التى رتبتها فى حـق المخاطبين بها. ولا شأن لها بنوايا المشرع وخواطره التى يتعذر تقصيها فى أعضـاء السـلطة التشريعية جميعهم، أو التدليل على تواطئهم إضرارا بالمخاطبين بالنصوص القانونية التى أقرتها.

وحتى بافتراض توافق أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجـهم عمـلا على أحكامه، فإن نواياهم السليمة لا ترفع عن النصوص التى أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكـون تقرير هذا البطلان غير جزاء يصيبها بقصد إنهاء العمل بها حتـى لا يتحمـل أوزارهـا مـن أخضعتهم هذه النصوص لأحكامها([2]).

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، واشـيا بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالى وراء سلطتها فى تنظيـم الحقـوق، لتصرفها إلى غير وجهتها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ -القـاعدة رقـم ٣٦ -ص ٥٢٩ من الجزء السادس.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقـم ١٧ -ص ٢٢٩ من الجزء السادس.

ومن ثم كان سوء استعمالها للسلطة عيبا قصديا، وطعنا احتياطيا، لا يقوم الدليل عليه بالظن والتخيل. بل من عيون الأوراق ذاتها التى تفصح عنها مضابط أعمالها وغيرها من الوثـائق ذات الصلة التى يطمئن إليها.

٢٦٨- ويلاحظ كذلك ما يأتى:

١. لا يؤخذ برجعية النصوص القانونية -وهى محظورة فى المواد الجنائيـة- إلا إذا قـام الدليل على أن أغلبية أعضاء السلطة التشريعية فى مجموعهم -لا أغلبية الحاضرين منهم- قـد أقروا رجعية هذه النصوص، بعد وقوفهم على حقيقتها، والآثار التى ترتبها، والدائرة التى تعمـل فيها، فلا يكون قبولهم بالأثر الرجعى مظنونا، بل ثابتا على وجه قطعى (١).

٢. أحكام الدستور التى تتضامم إلى بعضها فى تقييم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ يتعين إنزالها فى مجموعها على هذه النصوص. ومن ثم تستنهض النصـوص القانونيـة المدعى إخلالها بالحق فى التقاضى، كل ضمانة يقتضيها الدستور للفصل فى الحقـوق بطريقـة منصفة، بما فى ذلك ضمانة الدفاع؛ وحق الناس جميعهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى؛ وبـأن تكون العدالة مفتوحة أبوابها للقادرين والمعوزين؛ وبأن يتوافر لكل متهم بجريمة، الحد الأدنى من الحقوق التى يتوازن بها موقفه مع الأسلحة التى تملكها سلطة الاتهام فى مواجهته.

٣. لئن كان للمشرع أن يعدل من الحقوق التى يكفلها أو يلغيها، إلا أن شرط ذلك ألا يكـون لإسقاطها أو لتحويرها، من آثر على حقوق نص عليها الدستور أو كفلها. فضمانة رد القضاة مـن عناصر حيدتهم التى تتعادل فى أهميتها ووزنها مع استقلالهم. فإذا أخل المشرع من خلال تنظيمه للحق فى رد القضاة، بضمانة الحيدة التى تحيط بهم، كان مخالفاً للدستور.

٤. كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء فى ذلك تلك التى كفلـها أو التـى نـص الدستور عليها؛ غير مكتمل العناصر بما يجعل هذا التنظيم فى غير الصورة التى تكفـل فعاليـة مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التى يبلغ بها مداه، وتتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "دستورية"- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقـم ٢/٧٧ -ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

٥. تتعلق القواعد القانونية الإجرائية بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير. ومن ثم كان الأصل هو سريانها بأثر مباشر فى شأن المسائل التى تناولتها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن سريانها المباشر منطو على رجعية ضمنية([1]).

٦. للخاضعين لأية قاعدة قانونية، حق الطعن عليها لمخالفتها للدستور، ولو قدم هذا الطعن بعد إلغائها، إذا كان جريان آثار هذه القاعدة فى شأنهم بعد تطبيقها عليهم، قد ألحق بهم ضررا. ذلك إن الأصل فى القاعدة القانونية، هو سريانها على ما يقع من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها. فإذا أبدلها المشرع بقاعدة جديدة، لم يعد للقاعدة القديمة من وجود من وقت إلغائها. وصار لازما إعمال القاعدة الجديدة اعتبارا من تاريخ سريانها. وبذلك يتحدد لكل من هاتين القاعدتين زمن تطبيقها. فما نشأ مكتملا من المراكز القانونية منتجا لآثاره خلال فترة نفاذ القاعدة القانونية القديمة، يظل محكوما بها وحدها ([2]).

٢٦٩- بيد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا دل كذلك، على أن إلغاء النص المطعون فيه بأثر رجعى، مما تزول به المصلحة الشخصية المباشرة فى الخصومة الدستورية([3]).

وقضاءها فى ذلك محل نظر من جهتين:

أولاهما: أن الإلغاء المجرد للنصوص القانونية -ولو بأثر رجعى- لا يفيد بالضرورة أنها لم تحدث آثاراً قانونية فى محيط العلائق القانونية قبل إلغائها.

ويتعين بالتالى حتى يجوز القول بانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة فى النصوص القانونية التى ألغاها المشرع بأثر رجعى، أن يقترن إلغاؤها بتسوية كافة الآثار القانونية التى أحدثتها، والتى أضير منها المخاطبون بالنصوص القانونية قبل إلغائها.

([1]) الحكم السابق -ص ١١٠١. وهو ما أكدته المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى القوانين التى تعدل ميعادا كان قد بدأ قبل تاريخ العمل بها؛ أو التى تكون منشئة أو ملغية لطريق طعن فى شأن حكم صدر قبل نفاذها، أو إذا كان من شأنها تعديل اختصاص قائم، وكان العمل بها قد بدأ بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى بما يدل على استواء الخصومة للفصل فى موضوعها.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق "دستورية"- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦/٢٤ -ص ٣٧٢ من الجزء الثامن.

([3]) القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٩/٨/١- قاعدة رقم ٤٣ -ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانيهما: أن إلغاء النصوص القانونية -سواء تم بأثر رجعى أو بأثر مباشر- يفترض وجود هذه النصوص قانوناً حتى يتعلق الإلغاء بها. فإن كان بطلانها متأتياً من مخالفتها للدستور -كما لو أصدر رئيس الجمهورية قراراً بفرض ضريبة عامة- فإن هذه النصوص تعتبر معدومة منذ صدورها. ولا يتصور بالتالى أن يتعلق بها إلغاء تشريعى -ولو بأثر رجعى- بالنظر إلى انعدام محله.

* كل قاعدة قانونية لا تنشر، لا يقارنها إخطار بحقيقتها، ولا بشروط تطبيقها. فلا تتكامل مقوماتها التى اعتبرها الدستور شرطا لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم على اختلافها. ومثل هذه القاعدة لا نفاذ لها، لا هى ولا القاعدة القانونية التى تم نشرها، ولم يبدأ بعد ميعاد سريانها. فلا يكون حمل الأفراد على الرضوخ لها -وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها- إلا خروجا على مبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه فى المادة ٦٥ من الدستور[١].

وكلما كان فرض القاعدة القانونية واقعا قبل نفاذها، أخل سريانها فى شأن المخاطبين بها، بالحقوق والمراكز القانونية التى مستها، فلا يكون رد العدوان عنها، عملاً مخالفا للدستور[٢].

* مناط دستورية المزايا التى يكفلها المشرع لفريق من الناس دون آخر، اختلافهم فى المراكز القانونية عن بعضهم البعض. ذلك أن تساويهم فيها، مؤداه أن يكون التمييز بينهم تحكمياً، ومخالفاً للدستور بالتالى[٣].

---

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ٣ ينساير ١٩٨٨ -قساعدة رقم ٧٣ -ص ١٠٦٢من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٤/٧٣، ٥، ٦ -ص ١٠٥٨ من الجزء الثامن.

(٣) تقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٨٩/٤/٢٩ فى القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية دستورية والمنشور فى ص ٢١٨ وما بعدها من الجزء الرابع، بأن سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق لا تعقيب عليها ما دام الحكم التشريعى الذى قرره قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوى على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية؛ ولا تهدر نصا فى النصوص. فإذا كان المشرع قد توخى بالزيادة فى الأجرة التى فرضها، المحافظة على المبانى القديمة المؤجرة لغير أغراض السكنى باعتبارها ثروة قومية، ولتعويض ملاكها عن انخفاض أجرتها مع توفير مصدر لتمويل ترميمها وصيانتها؛ فإن معاملة الأماكن المستعملة فى أغراض لا تدخل فى نطاق النشاط التجارى أو الصناعى أو المهن الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية، معاملة المبانى المؤجرة لأغراض السكنى، وإعفاؤها بالتالى من الزيادة فى الأجرة، رغم تحقق مناطها، يكون مخالفاً للدستور.

* تحمل النصوص القانونية التى دل المشرع بعموم عباراتها على انتفاء تخصيصها، على اتساعها لكل ما يندرج فى مفهومها. ذلك إن عموم عبارة النص، تفيد استغراقها لكل أفراده، واشتمالها بالتالى على المخاطبين بها كافة، فلا تختص فئة من بينهم بحكمها([1]).

* لا يخصص النص العام بغير دليل. كذلك فإن كل تنظيم خاص يعامل بافتراض انصرافه إلى المسائل التى تعلق بها وحدها، فلا يجوز إسناده لغيرها، ولا أن يقاس عليه وقد وضع على سبيل الانفراد ([2]).

ثالث عشر: جواز تحديد غير المباشر للمسائل المثارة فى الخصومة الدستورية بطريق غير مباشر

٢٧٠- تعتمد معظم الأحكام القضائية فى تأسيسها على الأدلة غير المباشرة كالقرائن الظرفية. وكثيراً ما تستخلص المحاكم من واقعة حققتها، الدليل على واقعة تجهلها.

والمسائل الدستورية فى ذلك، شأنها شأن عناصر النزاع التى تحققها المحكمة، قلما يكون الدليل عليها مباشراً.

ذلك أن المحكمة تعمل نظرها فى كل واقعة مطروحة عليها، وتصل أجزاءها ببعضها من خلال عملية عقلية تكفل الحد الأدنى لاتساقها. فلا تأخذ فى اعتبارها بغير الخطوط الرئيسية التى تجمعها، تاركة وراءها بعض مظاهر التعارض التى قد تلابسها.

ومن خلال هذه العملية العقلية، لا يكون نظرها فى عناصر النزاع غير نفاذ إلى جوهرها على ضوء ما قصده المدعى حقا بدعواه.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "دستورية"- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٢/٨٣ -ص ١٥٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٥/٣٢ -ص ٤٤٧ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣/٣٤ -ص ٣١١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

([2]) طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٣ قضائية "تفسير" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١ -ص ٣٩٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فلا يؤاخذ بعبارة شاردة ضمنها صحيفتها،ولا بكلمة لم يزنها ويقدرها حق قدرها. وإنما هى دعواه فى حقيقة ملامحها، وصادق أغراضها، تستجليها المحكمة وتستصفيها، فلا يكون وقوفها عندها، غير فهم منها لحقيقة النزاع المطروح عليها.

وتلتزم المحكمة الدستورية العليا، شأنها فى ذلك شأن كل هيئة قضائية، بضوابط التفسير القضائى هذه. إذ هى نقطة البداية التى تعينها على إدراك نطاق الخصومة الدستورية المعروضة عليها، فلا تضل الطريق إلى دخائلها، ولا تقنع بالصيغة التى أفرغها المدعى فيها.

وإنما هى حقيقتها التى تتحراها، ومقاصدها التى تخوض فى بحثها، وأبعادها التى تستشرفها، مستعينة فى ذلك بالتحليل المنطقى الذى يربط ما تفرق من أجزائها، ويشد بعضها إلى بعض بقدر تماسكها وإفضائها إلى صحيح بنيانها.

وهذه النظرة الكلية لضوابط التفسير القضائى، هى التى توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها عند الفصل فى المسائل الدستورية المطروحة عليها. ذلك أن تعيينها بطريق مباشر ليس شرطاً لتحديدها.

ولئن كان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص فى المادة ٣٠ على أن يبين المدعى فى الخصومة الدستورية ماهية المخالفة الدستورية التى ينسبها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، ووجه تعارضها مع الدستور؛ إلا أن ما نراه فى شأن تفسير هذه المادة، هو أن ينظر إليها من ناحيتين:

<u>أولاهما</u>: أن الخصومة الدستورية تقوم على ادعاء بمخالفة نص قانونى للدستور.

ويفترض ذلك أن يعين المدعى هذه النصوص، وأن يبين كذلك ماهية المخالفة الدستورية التى نسبها إليها حتى تحققها المحكمة الدستورية العليا.

فإذا سها المدعى عن بيان هذه المخالفة، تعين عليها أن تقابل النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور، وقوفاً من جانبها على نطاق التعارض بين نصين يختلفان فى مرتبتيهما حتى تستظهر نطاق الفجوة بينهما. ذلك أن تصادم نصين فى دائرة التقابل بينهما، يحدد قدر توافقهما أو تخالفهما. فإذا طعن المدعى فى دعواه الدستورية على الفوائد الربوية التى فرضها المشرع،

وأغفل بيان نص الدستور الذى حرمها، تعين حمل مقاصده من دعواه هذه، على مخالفة فرضها لنص المادة الثانية من الدستور. وقد لا يهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، ولكنه يعينها بطريقة لا توضحها بصورة كافية.

وعلى المحكمة الدستورية العليا -من باب أولى- أن تستعين عندئذ على فهمها بضوابط التفسير القضائى. فالنعى على ضريبة ما إخلالها بالمقدرة التكليفية للممول ومساواتها فى عبئها بين القادرين والمعوزين، يدل على أن ما توخاه المدعى بدعواه الدستورية، هو اتهام هذه الضريبة بالإخلال بضوابط العدالة الاجتماعية التى تعتبر أساس كل الأعباء المالية التى تقتضيها الدولة ممن تكلفهم بأدائها وفق نص المادة ٣٨ من الدستور.

بما مؤداه أنه سواء أهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، أو حددها بطريقة غير كافية، فإن طرائق التفسير القضائى، قد تجليها وتبين حقيقتها.

ثانيتهما: أن نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا يلزم المدعى فقط ببيان نوع المخالفة الدستورية التى نسبها إلى النصوص المطعون عليها والتى قال بترديها فيها؛ ولكنه يكلفه كذلك ببيان وجهها. وليس ذلك إلا تكليفاً للناس بما لا يطيقون؛ وهو كذلك إغراق فى شكلية لا محل لها. ذلك أن تحديد وجه المخالفة الدستورية لا يتصل بنوعها، وإنما ببيان نطاق التعارض بين النصوص المطعون عليها والدستور. وفى ذلك خروج على حقيقة الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسائل الدستورية التى تثيرها الخصومة الدستورية، ذلك أن هذه المحكمة لا تتقيد لا بنوع ولا بوجه المخالفة الدستورية التى نسبها المدعى فى الخصومة الدستورية، إلى النصوص القانونية المطعون عليها. ومرد ذلك أنها لا تقابل هذه النصوص بأجزاء من الدستور دون غيرها، وإنما هى نظرة شاملة تتعمق بها تلك النصوص لتسلط عليها الدستور فى تمام أحكامه، وترابط أجزائه، واتصال أغراضه، وتضافر القيم التى يحتضنها.

وتلك هى الوحدة العضوية للدستور التى يكون بها كلا غير منقسم. وعلى ضوئها تحدد المحكمة الدستورية العليا بنفسها، حقيقة أوجه العوار فى النصوص القانونية المطعون عليها،

بغض النظر عن الصورة التى رسمها المدعى فى الخصومة الدستورية لها، أو التى أهمل بيـــان ملامحها أو حتى شوهها([1]).

رابع عشر: يتعين الحكم ببطلان النصوص المخالفة للدستور، ولو كان إعمال أثره يقتضي تدخلا تشريعيا

٢٧١- يتعين الحكم ببطلان النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو كان أعمال أثر هــذا الحكم يقتضى تدخلا تشريعيا([2]). ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص معين، يفيد بالضرورة تحقــق عوار فيه. ويتعين بالتالى أن تتدخل السلطة التشريعية، بوسائلها وأدواتـــها -كلمـا كــان ذلــك ضروريا- لتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا([3]).

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٧/١١/١٢- قـــاعدة رقــم ٦/٦٨ -ص ٩٧٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "قضائية" -جلسة ١٩٩٥/٨/٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١٢٧ من الجزء الســابع. ففى هذه القضية كان نص المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب، لا يجيز الطعن فى الأحكام النهائيـــة الصادرة من المحكمة العليا للقيم. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص بما يفتح طريق الطعن فيه من خلال تدخل تشريعى يحدد الجهة القضائية التى تفصل فى هذا الطعن، وكذلك كيفية تشكيلها.

([3]) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٩/١١/٦ -قاعدة رقم ٤٨- ص ٣٩٩ مـــن المجلــد الأول من الجزء التاسع.

الفصل الثانى عشر
الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع فى الدولة

المبحث الأول
صور الصراع على السلطة والحقوق

٢٧٢- وكلما احتدم الجدل السياسى داخل الدولة، أو اتخذ النزاع بين أفرادها شكل صراع معها حول حقوقهم وحرياتهم وقدر ضمانها لها، فإن وجود جهة الرقابة على الدستورية يؤذن بتحول هذا الصراع من طبيعته السياسية، إلى حلول قانونية توفرها هذه الجهة لأطرافه، فلا يتحول غضبهم من الدولة إلى الثورة عليها، بل تتوسط جهة الرقابة على الدستورية بينهم وبينها Tiers médiateurs وتعيد بنفسها صياغة المسائل المتنازع عليها، وتحيل ملامحها المختلفة إلى نقاط قانونية تحيط بها، فلا يكون الحكم الصادر فيها إلا منهيا لتوتر قائم.

فالنزاع السياسى حول التأميم بين أنصار تدخل الدولة ودعاة الرأسمالية المتحررة من القيود، تفضه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال إحالتها إلى نصوص الدستور التى تحكم هذا الموضوع، وتوفيقها بينها قدر الإمكان، وبيانها للحدود التى يكون فيها التعويض عن التأميم عادلا([1]).

وقد يدور النزاع كذلك حول حدود السيادة الوطنية، وجواز تقييدها من خلال معاهدة دولية.

وقد يتخذ النزاع أبعادا مختلفة فى مسائل متفرقة، كتلك المتعلقة بتصفية القطاع العام؛ أو بنطاق حرية الأفراد فى النفاذ إلى وسائل الاتصال على اختلافها؛ أو بالكيفية التى يتم فيها

([1]) بمجرد أن أصدر المجلس الدستورى الفرنسى قراره فى ١٦ يناير ١٩٨٢ بدستورية التأميم حتى أعلن المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن قرار المجلس بمطابقة التأميم للدستور، قد أنهى الجدل الزائف للمعارضة حول دستوريته، وهو الجدل الذى أثارته أثناء الحملة الانتخابية الرئاسية Le Monde du 19 Janvier 1982.

الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء السلطة التشريعية؛ أو بالمعايير التى يتحدد على ضوئها من يعتبر لاجئا سياسيا وفقا للدستور.

ويظل التساؤل قائما حول ما إذا كان للحياة السياسية قوانينها الخاصة، أم أن القانون العام هو الذى يحكمها.

وربما نلحظ بقدر كبير من الدهشة، أن الذين يديرون الحياة السياسية ويحكمون قبضتهم عليها، أو على الأقل يوجهونها وفق مصالحهم، كثيرا ما يؤسسون نزاعهم مع خصومهم على قواعد من الدستور، ويطلبون تطبيقها لفض خلافهم.

وإذ يعرضون أمر هذا النزاع على جهة الرقابة على الدستورية -سواء تعلق بحق المرأة فى إجهاض نفسها أو بتحويل القطاع العام إلى خاص، أو بحق رئيس الجمهورية فى العفو عن الجريمة أو عقوبتها، أو بجواز التأميم، أو بما إذا كان الدخول فى معاهدة دولية يخل بحقوق السيادة الوطنية- فإن جهة الرقابة القضائية -المحايدة فى تشكيلها وفى طبيعة وظيفتها القضائية- تحيل صور النزاع هذه -وجميعها من طبيعة سياسية- إلى مشكلة قانونية بمعضلاتها ومفرداتها، وطرق مناقشتها، وأسلوب حلها.

فلا يركن رجال السياسة، الذين يؤيدون موقفا أو يعارضونه، إلى الوسائل السياسية لفض ما شجر بينهم من نزاع. ذلك أن هذه الوسائل تكتنفها محاذير الصراع، وعوامل التفريق والتناحر والمناورة، وتعميق مناطق النفوذ، وتقاسم الغنائم. ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التى تعمل على التوسط بين الفرقاء، وتقرير حلول توفيقية فى المسائل المتنازع عليها من خلال مفاهيم قانونية تحيط بعناصرها، وتتحول بها الرؤية السياسية إلى لغة ورؤية قانونية، لها أثرها على الطريقة التى يوجه بها الطاعنون خطابهم إلى الجهة القضائية التى تتولى الرقابة على الدستورية. فهم لا يخاطبونها إلا وفق الأوضاع، وفى نطاق الآجال المنصوص عليها فى قانونها. ويديرون بالحجج القانونية، جدلهم حول المسائل التى يختلفون عليها، بما فى ذلك بيان أوجه مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، وكذلك تحديد نوع الحقوق التى أخلت بها النصوص القانونية، ونطاق هذا الإخلال ومداه.

فإذا فرغ الخصوم من عرض نزاعهم على جهة الرقابة على الدستورية، وكذلك من بيـــان حججهم التى يقدمونها لتأييده؛ كان على هذه الجهة أن تفصل فيه بمقاييس موضوعية لا شخصية. وقد تطرح هذه الجهة حلولها لهذا النزاع فى شكل مبادئ قانونية لا ينحصر تطبيقها فـــى الحالـــة المعروضة عليها. وهو ما يكفل لجهة الرقابة القضائية حيويتها، واتساع نطاق اجتهاداتـــها، وإن ظل واجبا عليها أن تواجه القانون المطروح عليها، لتفصل بصفة نهائية فى دستوريته، فلا يبقـى النزاع بعد هذا الفصل قائما، ليظهر الحكم الصادر عنها، باعتباره نتاج حوار بالوسائل القانونيـــة انحسم على مقتضى القواعد الدستورية ذات الصلة، وصار عنوان الحقيقة القضائية التى قررهـــا، والتى ينطفئ بها كل جدل حول دستورية هذه النصوص، ولو لم يرض عن حكمها فـــى الـــنزاع كثيرون من الغاضبين([1]).

ولا شبهة فى أن انتقال النزاع من طبيعته السياسية إلى الصورة القضائية التـــى آل إليـــها، عزز دور جهة الرقابة على الدستورية، وزاد من أهميتها ونفوذها؛ ومن تأسيسها لسلطتها علـــى دعائم من الدستور؛ ومن إنهائها بالوسائل القانونية لنزاع سياسى احتدم فى بلدها.

بل إن قدرتها على حل هذا النزاع على ضوء مفـــاهيم قانونيـــة، أعانـــها علـــى تطويـــر اختصاصاتها، وحمل المتناحرون من رجال السياسة على اللجوء لرجال القانون يطلبـــون منـــهم العون فى الدفاع عن مواقفهم السياسية من خلال ما يظاهرها من نصوص الدستور. وقد يطلبون مشورتهم قبل الطعن فى النصوص القانونية التى يرونها مخالفة للدستور تحريا لوجه الخطـــأ أو الصواب في موقفهم السياسى قبل أن يتحول إلى صراع من طبيعة قانونية([2]).

وكان منطقيا أن تؤثر جهة الرقابة القضائية فى كافة أشكال الحوار السياســـى، وأن تعيـــد تشكيلها من منظور الحقائق القانونية التى تتصل بها، وأن تفصل فيها على ضوء مفـــاهيم وقيـــم

([1]) بعد أن أصدر المجلس الدستورى الفرنسى قضاءه بجواز التأميم من زاوية دستورية قرر المستشار الخـــاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن كل ما أثير من جدل زائف أثناء الحملة الرئاسية حـــول مشـــروعية التأميم، صار منتهيا.

([2]) ودليل ذلك أن الأساتذة Drago و Delvolvé و Loussouran صاغوا للمعارضـــة رأيـــا استشـــاريا فـــى موضوع عدم دستورية قوانين التأميم. وقدم الأساتذة Luchaire و Robert وجهة نظر تدعم موقف الحكومـــة من هذا الموضوع.

الدستور، كتلك التى تتعلق بضوابط التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية؛ وبحق المواطنين جميعهم فى ضمان تساويهم أمام القانون؛ وبما يكفل تكافؤ فرصهم فى الإدلاء بأصواتهم فى الحملة الانتخابية؛ وحظر تشويهها أو تحريفها عن وجهتها من خلال عملية تقسيم الدوائر الانتخابية. ويندرج تحت القيم التى يكفل الدستور صونها وتبسطها جهة الرقابة لحل النزاع بين الفرقاء السياسيين، تلك التى تتعلق بأن صون وجود الدولة مقدم على ضمانها لحقوق الأفراد وحرياتهم، وأن استقلالها وتكامل إقليمها ضمانتان تؤمن من خلالهما كل حق أو حرية يكفلها الدستور. وقد يدخل رئيس الجمهورية فى صراع مع خصومه حول حدود ولاية السلطة التشريعية وضوابط الفصل بين ولايتها واختصاص السلطة التنفيذية، أو حول حدود السيادة الوطنية التى يتولى حراستها. وجميعها نقاط قانونية يتحول إليها صراع كان أصلا من طبيعة سياسية([1]).

وقد يعمد رئيس الجمهورية إلى التعاون مع الأغلبية البرلمانية التى تعارض توجهاته الاشتراكية وتعمل على تقويضها، لا بالرضوخ لها، وإنما من خلال مفاهيم قانونية يؤسسها على نصوص الدستور التى تكفل بقاء الدولة واستمرار وجودها La continuité de L'Etat وتحدد كيفية مباشرتها لسلطاتها.

ونشأ بذلك اتجاه يتصاعد يوما بعد يوم، مؤداه احتكام الفرقاء السياسيين إلى الدستور لحل خلافاتهم، وإلى جهة الرقابة على الدستورية لفضها. بل إن لجوء المعارضة إليها قد يكون جزءا من استراتيجية شاملة غايتها أن تنزل الهزيمة بالسياسة التشريعية للحكومة بما يكفل لها تحقيق كثير من المزايا لصالحها؛ أهمها إقناع الناخبين بصواب موقفها؛ وتعويقها العملية التشريعية أو إرجاؤها حتى تعمل الأغلبية البرلمانية من أجل تحقيق قدر أكبر من التفاهم معها حول الصيغة النهائية لمشروع القانون، بما يكفل نزول هذه الأغلبية عن بعض مواقفها، واقترابها من المعارضة فى توجهاتها قدر الإمكان.

([1]) كان النزاع قد ثار بين الرئيس الفرنسى ميتران والأغلبية البرلمانية المخالفة لتوجهاته الاشتراكية. فقد رفض رئيس الجمهورية التوقيع على الأوامر المتعلقة بالخصخصة على أساس أنها تمس الاستقلال القومى الذي يعتبر هو حارسا له (Le Monde du 16 Juil :1986) وامتنع كذلك عن توقيع الأوامر المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية على أساس أن هذا التقسيم يدخل فى اختصاص رئيس الجمهورية Le Monde du 4 oct 1986 وسانده بعض الفقهاء (Jacques Robert) فى هذا الرفض 1986, Le Mode 18 avril.

وقد تتهم الأغلبية البرلمانية المعارضين لها بأنهم يعملون من أجل إحراجها والدفــاع عــن مصالحهم الضيقة التى توجهها عوامل سياسية تقوم على المناورة، ولا تتسم بالجدية.

وقد تدعو الأغلبية المعارضة إلى أن تحتكم فى نزاعها معها إلـــى جهــة الرقابــة علـــى الدستورية. وقد تعرض الأغلبية بنفسها على هذه الجهة القانون الذى خرج من رحمها لثقتها فـــى مطابقته للدستور.

وعلى هذا النحو تتبادل الأغلبية والمعارضة مواقعهما فى عرض القوانين المدعى مخالفتــها للدستور على جهة الرقابة على الدستورية. ويكاد أن يصبح احتكامهما إليها أسلوبا ثابتــا يحيّـل الصراع السياسى وصوره الإيديولوجية، أو الأطماع التى يتستر وراءها، إلى نقاط قانونية تحكمها الآفاق العريضة للدستور. وهو ما يتحقق على الأخص إذا تعذر على رئيس الجمهورية -الحــائز على ثقة المواطنين- التوفيق بين توجهاته واتجاه الأغلبية البرلمانية الحائزة كذلـــك علـــى ثقـــة مواطنيها، بما يعجز الفريقين عن التعاون المستمر، فلا يكون أمام رئيس الجمهورية -وهو ليـــس من حزب الأغلبية البرلمانية- إلا أن يلجأ إلى الطريقة المنطقية والعملية الوحيـــدة التـــى تكفـــل مصالح المواطنين فى مجموعهم. وذلك بالرجوع إلى الدستور، كل الدســـتور، ولا شـــئ غـــير الدستور.([1])

A la question de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, la seule reponse, la seule possible, la seule raisonable, la seule conforme aux intêrets de la Nation: la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution.

ولأن الدستور الفرنسى مصدر الحقوق التى يكفلها، فقد اعتذر رئيـــس مجلـــس الـــوزراء الفرنسى عن أن يعرض على البرلمان مشروع قانون يخول غير المواطنين حق الاقتراع علـــى أساس أن هذا القانون وإن كان مرغوبا فيه من الناحية السياسية، إلا أن الدســـتور قصـــر حـــق الاقتراع على المواطنين.

([1]) انظر فى ذلك خطاب رئيس الجمهورية الفرنسى الذى وجهه إلى البرلمان فى ٨ ابريل ١٩٨٦.

المبحث الثانى
مزايا تحويل النزاع السياسى إلى نزاع قانونى

٢٧٣- وإذ تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى دستورية القانون المعروض عليها سواء من قبل المعارضة أو من الأغلبية البرلمانية، فإن قرارها بعدم دستورية هذا القانون، مؤداه تعديل الاتجاه السياسى لهذه الأغلبية.

ومن ذلك أن الأغلبية قد تؤيد قانونا يكفل احتكار قلائل لوسائل الإعلام. فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون؛ كان على الأغلبية أن تقترع على قانون آخر يناهض هذا النوع من الاحتكار، ولو قيل بأن القلة التى تبسط سيطرتها على وسائل الإعلام، أقدر على تطويرها(١).

بل إن الأغلبية -وبالنظر إلى تخوفها من لجوء المعارضة إلى جهة الرقابة على الدستورية- عادة ما تأخذ فى اعتبارها -فيما تقره من القوانين- بالقواعد التى أرستها هذه الجهة وكذلك بمبادئها ذات الطبيعة الدستورية.

وقواعدها ومبادئها تلك، هى التى تحكم الأغلبية البرلمانية فى مناقشاتها وتوجهها الوجهة الأكثر اقترابا من الدستور. وهى التى تطرحها المعارضة كذلك بقصد حمل الأغلبية على التقيد بحكم الدستور، لتنحسر الآفاق السياسية عن الجدل القائم، وتحل محلها مفاهيم قانونية حتى داخل السلطة التشريعية ذاتها(٢). وهذا الدور الوقائى للجهة القضائية على القرار السياسى، يبلور صورة من صور التقييد الذاتى للعملية التشريعية Une autolimitation du legislateur سواء فيما يتعلق بالمضمون الإصلاحى لهذه العملية، أو بالقيم التى يقوم عليها هذا الإصلاح.

ومن أجل ذلك تخلى اليمين فى فرنسا عن مشروع لتحويل السجون إلى قطاع خاص، La privatization des prisons. وتخلى اليسار عن مشروع لتحقيق اللامركزية الإدارية. كل من منطلق تخوفه من أن تقرر جهة الرقابة بطلان مشروع القانون الخاص بها. وقد دل تخوفهم هذا على الدور المتصاعد لهذه الجهة، وتزايد أحكامها فى عمقها وكمها، بما يعيد الحلبة السياسية إلى

---

(1) I. C.C. 86- 217 D.C., 19 septembre 1987. R.P. 141.

(2) C.C. 85- 197 D.C. 23 août 1985, R.p. 70; C.C. 89- 271 D.C., 11 Janiver 1990, R.P. 21; C.C. 83- 165 D.C., 20 Janvier 1984, R.P. 30.

صحيح توجهاتها. واليوم فإن ما يؤرق القائمين بالعملية التشريعية، هو ضمان أن تخلو القوانين التى يقرونها من شوائبها الدستورية. وكان سعيهم بالتالى حقيقيا من أجل العمل على تنقيتها من مثالبها هذه، باذلين كل جهد سواء فى مجال إعدادها أو تعديلها([1]).

ذلك أن الخضوع للقانون، صار قاعدة لا يجوز تحريفها؛ يلتزمها رجال السياسة وكأنهم يعايشونها فى نومهم ويقظتهم.

وحتى الأغلبية البرلمانية فإن عرضها على جهة الرقابة لقانون من صنعها قبل إصداره، قد يتوخى توقى أزمة سياسية قد تبدو نذرها فى الآفاق.

وهو ما يجعل الحياة السياسية –فى كافة مظاهرها– محكومة بالقانون فى إطار ما يرخص الدستور فيه ومالا يجيزه؛ ليكون الاحتكام إلى قواعده بديلا عن الصراع والتطاحن السياسى.

ومن ثم تظهر جهة الرقابة على الدستورية –وعلى الأخص من خلال تنوع وكثرة الطعون التى ترفع إليها، واتساع دائرة تدخلها– عريضة فى نفوذها إلى حد تغطيتها الحياة السياسية فى كثير من جوانبها. فلا تكون المخاطر الناجمة عن تدخلها بعد عرض النزاع عليها، إلا حافزا للخضوع للدستور، وبذل كل جهد لتوقى مخالفته، سواء تعلق الأمر بقانون قبل إصداره أو بتعديل لقانون قائم أو بمشروع قانون، وسواء كان احتمال عرضه على جهة الرقابة راجحا أو ضئيلا([2]).

([1]) انظر فى ذلك الكتاب الدورى الشهير لرئيس مجلس الوزراء الفرنسى Roland فى J.O. 25 mai 1988, p. 7381.

فقد جاء فى هذا الكتاب الدورى الذى وجهه رئيس الوزراء إلى زملائه، ما يأتى:

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d' inconstitutionalité susceptibles d` entâcher les projets de loi, les amendements; et les propositions de loi inscrits à l`ordre de jour.

وترجمتها: ينبغى أن يبذل كل جهد من أجل تقصى وإنهاء كافة مخاطر عدم الدستورية التى قد تشوب مشروعات القوانين وتعديلاتها وكذلك اقتراحات القوانين المقيدة فى جدول الأعمال.

([2]) وفى ذلك يقول العميد Vedel أن المجلس الدستورى فى فرنسا وضع قواعد دائمة وموضوعية، قابلة لأن تعمل استقلالا عن طبيعة السلطة التى تواجهها هذه القواعد، سواء كانت من اليمين أو اليسار وأن القواعد التى يضعها هذا المجلس فى حالة بذاتها، يمكن تطبيقها حرفيا فى حالة أخرى Georges Vedel, Débat .1989, no 55, P. 48.

انظر كذلك C.C. 86- 225 D.C., 23 Janv. 1987,R.p.13 حيث قرر المجلس الدستورى أن تعديل قانون قائم، لا يجوز أن ينفصل عن الأغراض التى يتوخاها هذا القانون، ولا أن يناقض سياق أحكامه، ولا أن يخل بموضوع ذلك القانون.

وفى ذلك ضمان أكبر لأن يكون القانون موافقا للدستور ليس فقط فى مضمون قواعده؛ بـل كذلك فى الأغراض التى يتوخاها. وهو ما يتحقق على الأخص بعد أن تمعن الأغلبية البرلمانيـة والمعارضة نظرها فيه، وتديره على حكم الدستور تقصيا لأوجه العوار فيه.

وآل الدستور بالتالى إلى وثيقة تحيط بالسياسيين جميعهم فى أفكارهم ومثلـهم وتوجهاتـهم وتصرفاتهم، وكأنهم يتنفسونها فى صباحهم وليلهم.

المبحث الثالث

الرافضون لطبع الحياة السياسية بالدستور

٢٧٤- على أن الآراء السابقة القائلة بغلبة القانون على السياسة وتوجيهه لها، هـي التـي يرفضها السياسيون سواء فى مضمونها أو فى دعائمها.

وهم يؤسسون رفضهم دمج الحياة السياسية فى الدستور أو إخضاعها -فى كافة توجهاتـها- لأحكامه، على القول بأنهم يحتكمون إلى القانون، ليس لأنهم يؤمنون به حقا، وإنمـا لأن للحيـاة السياسية متطلباتها، وموازينها، وعناصر القوة فيها.

وليس القانون غير الأداة التى يتخفون وراءها لتبرير تصرفاتهم فى مواجهة خصومهم. وهم يناضلون من أجل إرساء قواعده -لا لأنها تحكمهم- وإنما لأنها الطريق إلى تشكيل علائق جديـدة فى موازين الصراع والقوة السياسية. فلا تكون بواعثهم من وراء الاحتماء بالقانون، غير سياسية فى حقيقتها وأهدافها.

وليس استعمالهم للغة القانونية فى حواراتهم مع خصومهم، غير تعبـير عـن حسـاباتهم السياسية التى يزنونها بمقاييس دقيقة، بقصد الظهور على مسرح الحيـاة السياسـية كأشـخاص معتدلين يعتصمون بالاتزان والتبصر، ولا يجنحون إلى إغراق وطنـهم فـى أعـاصير القيـم الإيديولوجية التى قلما تؤتى ثمارها حتى فى مجال الإقناع بها.

وإنما هى المناورة والخطط التكتيكية التى يتظاهرون من خلالها بأنهم حمـاة القـانون؛ ولا يتوخون حقيقة بها غير ضمان ازدياد شعبيتهم، وقهر خصومهم، واعتلائهم مركزا متفوقـا فـى مسرح الحياة السياسية، حتى يظفروا بثقة أكبر من ناخبيهم.

وتلك جميعها مقاصد سياسية لا شأن لها بمحض الخضوع للقانون، ولا بالقيمـة المجـردة لقواعده الآمرة. ولئن بدا سعيهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، حوارا بالقانون حول نصـوص قانونية يرونها مخالفة للدستور؛ إلا أنهم لا يستهدفون حقيقة من عرض الأمر عليها غير إحـراج الحكومة، ووضع العراقيل فى وجه خططها وبرامجها، حتى إذا ما ظفروا بحكم قضائى يدين هذه النصوص بخروجها على الدستور، اتخذوه طريقا للنيل من هيبتها وتجريحها بما يشدد من قبضتهم عليها حتى تسقط فى النهاية.

وتلك كذلك أغراض سياسية يتوخونها من إدارة الحوار بالقانون. ومن ثم لا يسيطر القانون على السياسة ولا يوجهها؛ وإنما السياسة هى التى تقبض على زمام القانون فى إطار لعبة سياسية Un jeu politique يكون فيها اللجوء إلى الدستور من أدواتها، ومكملا لحلقاتها.

فلا يكون الخضوع للدستور حقيقيا. بل ظاهريا، وفى أوضاع بذواتها يرون فيها أن الاحتماء بالدستور أكفل لمصالحهم. وتلك حقيقة لا يجوز التهوين منها، ودلالتها قاطعة فى أن السياسة غير القانون، وأن القانون لا يستغرقها. وإنما الحقائق السياسية هى التى تسخره لخدمتها وتحقيق أغراضها. وهما بذلك نقيضان، ولا يتوازيان قدرا أو أهمية.

أما الذين يقولون بعلو القانون على السياسة. وينادون بأن الدستور يسيطر على فروع القانون جميعها -الخاص منها والعام- ويقبض بيده حتى على الحياة السياسية فى كافة جوانبها؛ فلا يبغون غير فرض وجهة نظر يقولون بها تعاليا، ولو نقضتها الحقائق التى يبصرونها(١).

---

(1) Pierre Favre, Histoire de la science politique, in, Traite de science politique, P. U. F. 1985, vol 1. ; Daniel GAXie, jeux croisés. in les usages sociaux du droit. C.U.R.A.P.P. 1989, p. 209.

المبحث الرابع
القائلون بخضوع الحياة السياسية للدستور

٢٧٥- ويؤكد القائلون بخضوع المفاهيم السياسية للدستور، أن الحياة السياسية فى دولة ما، وكذلك المهام التى تقوم مؤسساتها عليها، تدور جميعها حول قواعد من الدستور. ويضيفون إلى ذلك أن قراءة نصوص الدستور وحدها، لا تعطى صورة حقيقية وكاملة عن الأوضاع السائدة فيها؛ وعلى الأخص من جهة شرائط تكوين أحزابها؛ ونطاق حريتها فى العمل وعلاقتها ببعض؛ وتداول السلطة بينها عملا؛ وطرائق تشكيل مجالسها التمثيلية؛ وحدود حق الاقتراع؛ وما إذا كان حرا محايدا أم مقيدا بما يعطل جوهره. ذلك أن الكيفية التى يطبق بها الدستور عملا، هى التى تحدد الأسس الحقيقية لنظام الحكم فى الدولة، وتبين كذلك نطاق حقوق الأفراد وحرياتهم، وحدود مجالاتها الحيوية؛ وعلاقة المعارضة بالأغلبية، ودور كل منهما، وقدر تعاونهما أو صور تصادمهما، ونطاق التعددية فى أشكالها الواقعية.

وكذلك ما إذا كان دور الأغلبية هو مؤازرة الحكومة فى أخطائها لضمان استقرارها، فلا تكون الحياة السياسية إلا تحزبا واستقطابا؛ أم أن دورها لا يمنعها من انتقاد الحكومة وتقويم ما اعوج من تصرفاتها، غير مقيدة فى ذلك بالتزامها الحزبى.

ونواحى الحياة السياسية هذه بأشكالها وتنوع صورها، هى التى تثريها جهة الرقابة على الدستورية من خلال تطبيقها للدستور. فلا يكون مجرد صورة قاتمة لا يبصرها أحد بالنظر إلى كثافة ظلالها؛ ولا هو بمعبد تتردد عليه الأشباح، ولا بمنطقة من الفراغ لا حياة فيها. وإنما هو صورة حية ومتغيرة بالنظر إلى تفاعل أحكامه مع واقع اجتماعى معين، فلا ينفصل عن الجماعة التى يعايشها بما يناقض متطلباتها.

ولم يعد للعلوم السياسية بالتالى دور يقابل دور الدستور فى صياغة شكل الجماعة ومثلها، ولا فى تقويم استبداد السلطة وتسلطها. وغدا الدستور قابضا -من خلال تطبيقاته العملية- على الحياة السياسية بكل معطياتها، مهيمنا على جوانبها من كل أقطارها، بما فى ذلك حدود اختصاص رئيس الجمهورية وامتيازاته كحل البرلمان، فضلا عن سلطته فى مجال ضمان استقرار الدولة ودعم مباشرتها لوظائفها.

وصح القول بأن الحياة السياسية ما كان لها أن تظفر بالهدوء، ولا أن تحظى بإنهاء الصراع بين المراكز المتنافرة فيها، ولا أن تتطور فى اتجاه التقدم بغير يقظة الهيئة القضائية التى تصون الدستور. وما كان للسلطة التشريعية نفسها أن تعدل عن سياستها التشريعية التى اختطتها لنفسها، لولا وجود هذه الهيئة بمنزلتها ومكانتها العليا. ولم يعد الدستور وثيقة سياسية تتوازن من خلالها عناصر التأثير وأشكال الضغوط فى الحلبة السياسية، ولا هو بورقة ناعمة "Un chiffon de papier" تبلور صورا جمالية لقيم مثالية؛ بل وثيقة قانونية تتسم نصوصها بالصرامة، فلا يكون جزاء الخروج عليها غير إبطال القوانين التى تناقضها.

وفى ذلك احتكام مطلق ليس فقط للدستور، بل كذلك لجهة الرقابة على الدستورية التى تعطيه من المعانى أعمقها؛ وتحدد الأغراض التى يتوخاها، والقيم التى يحتضنها. فلا يكون قضاؤها إلا مرجعا نهائيا للمخاطبين بأحكامه، يبين لكل منهم دوره وفقا للدستور، سواء كانوا من البرلمانيين، أو القضاة العاديين، أو المواطنين.

والدستور بذلك ليس مجرد قيمة رمزية Valeur Nominale أو نظرية Théorique، وإنما هو قيمة قاعدية Normative لها من الآثار الحقيقية التى ترتبها؛ ومن قوة القهر التى تلازمها؛ Des effets réels et contraignants ما يحيل الدستور –وعلى الأخص من خلال اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية– إلى حقيقة قانونية لها من علوها ما يدعم الاقتناع بانبثاق كافة النظم القائمة فى بلد ما –القانونية منها والسياسية– عنها. وهى بعد حقيقة متطورة تجعل الدستور وكذلك القانون بوجه عام، موجها للحياة السياسية ولحركة التاريخ([1]).

([1]) Jean- Louis Quermonne, le gouvernement de la france sous la ve Republic, Dalloz p. 175 et p. 569 et.s.

المبحث الخامس

المزاوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي

٢٧٦- على أن تقنين السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة على الدستورية، ليس وهما؛ ولا تعبيرا عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لحسم ما هو قائم من صور النزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة القانون وحدها هي التي تقدم الحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، وفي إطار أوضاع بعينها، وكجزء من خططهم التكتيكية؛ إلا أن قواعد اللعبة السياسية صار يحكمها القانون كتعبير عنها، خاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصار للقانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسيا في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد للدولة وظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها، وأشكال التعاون بينها، وحقوق المخاطبين بقواعده وواجباتهم. وهو بذلك تعبير عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا اللغة الطبيعية التي يدير بها رجال السياسة أحاديثهم. وأية لغة غيرها تصم الناطقين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يبصرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جمعية تظلها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وواجبها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور من خلال فرض أحكامه على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في تقريراتها غير دعائم من الدستور. وهي تنظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها؛ وكضامن كذلك لوجودها هي ولاتصال حركتها([1]).وهي ترد اجتهادها في ذلك إلى الدستور وتحيل بصورة مطردة لا انقطاع فيها، المسائل التي احتدم الجدل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمفرداتها، وبما يطورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

([1]) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس الجمهورية رئيسا لحزب في الوقت الذي يجعل الدستور منه رئيسا للدولة، وحكما بين سلطاتها، كافلا انتظامها في أداء وظائفها.

فضلا عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم فى لغة قانونية تتلون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخاطبونها بغيرها، ولا يغلبون عليها بواعثهم السياسية، ولا دخائل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعاتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتئم وأوضاع العصر، بل يجافيها إلى حد القول بأن الحياة السياسية فى بلد ما، لا تنتجها القواعد القانونية وحدها، ولا يحيطها القانون من كل جوانبها. وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التى تؤثر فى تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين الاجتماعى؛ وأوجه التعارض ونطاق التوافق داخل الجماعة بين فئاتها الدينية واللغوية والعرقية؛ ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وتراثها؛ ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها، ونطاق حريتها واستراتيجيتها؛ وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون والدستور، يتفاعلان مع غيرهما من العناصر فى توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة فى الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها فى ثقلها، إلا أن الدستور فى الدول الديموقراطية يعتبر أكثرها حسما، خاصة وأن المراجعة القضائية، هى صمام أمن يحفظ لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية حدود ولايتها؛ ويصحح من خلال كلمة القانون السياسة التى ينتهجانها. وفضلا عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا تعطى لنصوص الدستور التى تحتكم إليها لفض نزاع معين، غير المعانى التى تطورها وتكفل للجماعة تقدمها. وهى لا تطبع الحياة السياسية بلغتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداة لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكدها أن رجال السياسة لا يديرون حواراتهم -وبصفة روتينية- إلا باللغة القانونية.

ويظل صحيحا القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن فى خصائص قواعد الدستور؛ ولا فى دور جهة الرقابة على الدستورية؛ ولا فى عناصر خارج دائرة القانون كتلك التى تتعلق بالروابط القائمة بين مراكز القوة فى الصراع السياسى أو بمصالحها واستراتيجيتها؛ وإنما هى العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسية من جهة؛ وبين ما يطلبه رجال السياسة

ويسعون لتحقيقه من خلال هذا النزاع، وصولا إلى أهدافهم من جهة أخرى؛ فلا ينفصل القـــانون عن السياسة، بل يتزاوجان فى تداخل، ويمتزجان فى ترابط(١).

(١) انظر فيما تقدم جميعه

Dominique Rousseau. Droit du Contentieux Constitutionnelle, 4e Edition, pp. 388-39.

المبحث السادس
انعدام الصراع السياسي في مصر

٢٧٧- لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطتها التشريعية مجرد واجهة للديموقراطية فى صورتها الشكلية. والقوانين التى تنظرها وتناقشها هي التى صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كى تقرها فى جملتها، أو تعدلها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التى تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلا حقيقيا يتوخى تقييم مظاهر القصور فيها؛ ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور؛ ولا تصحيحها بما يوفقها مع أحكامه. وإنما ينحل هذا الجدل فى حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروض عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر -غالبا- على مفرداتها اللفظية التى لا تؤثر صياغتها من جديد فى المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا فى الأغراض التى يتوخاها.

ويستحيل فى إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها؛ ولا أن تناقض السلطة التنفيذية أو تعارضها فى توجهاتها. وكثيرا ما يكون سعيها لإرضائها، قبولا كاملا وفوريا بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفا للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعنيهم هيئة الناخبين التى يفترض أنها أنابتهم عنها فى شئونها وخولتهم تصريفها؛ وهم يتصورون دوما أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التى كان لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصومهم، وتحوير إرادة الناخبين سواء بتزييفها أو تشويهها، خاصة وأن عضويتهم فى السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالى أن تقر القوانين التى اقترحتها السلطة التنفيذية، أيا كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أيا كان قدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاة بأعين دامية، فلم يكن الباطل يوما قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل فى مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٣ يوليو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع رءوسهم تيها. ولكنها خفضتها تارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطورا من خلال قوانين كان عصفها بهم شديدا، ووقعها سيئا حتى على حقهم فى الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد للحرية توازنها، وللقيم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقا طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسى، وجانبا من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية([1]). وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق فى الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها فى مصر معيبة دستوريا بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية فى السيطرة على الحياة السياسية فى مصر حتى تملكها من كل نواصيها وفى أدق تفصيلاتها، فلا ينازعها أحد فى شأن من شئونها، يعاونها فى ذلك تنظيم حزبى من خلقها لا تقوم مع وجوده تعددية حزبية حقيقية؛ ولا تداول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية دوما لحزبها، وهى تصطنعها بوسائلها وأدواتها. فلا تقوم قائمة للتغيير إلا من منظورها، ووفق تصورها الخاص، وفى الحدود التى تقبلها.

وصوتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هى الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما تراه من أوصافها والقيود عليها؛ وكلمة القانون هى اجتهادها وفق مصالحها.

([1]) انظر فى ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٢١ يونيه ١٩٨٦- قاعدة رقم ٥١ -ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفى القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٨٨- قاعدة رقم ١٦ -ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠- قاعدة رقم ٣٣ -ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق "دستورية" -جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩- قاعدة رقم ٢٧ -ص ٢٠٥ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ ق "دستورية" -جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧- قاعدة رقم ٣ -ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ٢ لسنة ١٦ ق "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ -ص٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفى ذلك تقويض للشرعية الدستورية. ومدخلها أن القانون هو الضمان النهائى للحرية؛ ولا حرية بغير ديموقراطية، ولا ديموقراطية بغير الهياكل والحقوق التى تفضى إليها، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال فى مواقفها، ويصححها كذلك عند الاقتضاء.

الفصل الثالث عشر
الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقاتها الديمقراطية

المبحث الأول
السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية

٢٧٨- ظل الفقهاء، ولفترة طويلة، ينظرون إلى الدستور باعتباره وعاء السلطة من جهة توزيعها وتنظيمها، وبيان حدودها([1]).

أما حقوق المواطنين وحرياتهم، فإن الدستور وإن كان لا يتجاهلها، إلا أن حمايته لها لم تكن عندهم غير النتيجة الحتمية لعملية تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة، كبديل عن تركيزها في جهة واحدة تقبض بيدها على كافة مظاهرها.

ولم يكن كافلا لحقوق الأفراد وحرياتهم غير تقييد السلطة لنفسها وبنفسها، وتحديد أوصافها الأكثر حماية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، وذلك من خلال الفصل بين سلطة إقرار القوانين، وتنفيذها؛ ومباشرة السلطة القضائية لولايتها([2]).

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول أفضلية بعض النظم الديموقراطية على غيرها، إلا أن اتفاقهم كان كبيرا حول مسألة أساسية هي أن السلطة -ومن خلال القيود التي تنظم مباشرتها وتكبح جماحها- هي الضمان النهائي للحرية([3]).

وهم يؤيدون نظرتهم هذه قائلين بأن فصل مظاهر مباشرة السلطة عن بعضها بصورة جامدة؛ أو دمجها في بعض في صورة كاملة؛ وإن كانا معنيان ينافيان الفصل المرن بين الأفرع التي تباشرها، وضرورة تحقيق قدر من التوازن بينها؛ إلا أن الجدل ظل دائرا حول مفاهيم تقليدية تقوم على أن الحرية لا يكفلها إلا فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وكلتاهما عن السلطة القضائية، مع تحديد حقوق كل منها بصورة دقيقة([4]).

([1]) تنص الجملة الثانية من المادة ١٦ من الإعلان الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٦، على أن المجتمع لا يعتبر حائزا لدستور إذا لم يتم فيه الفصل بين السلطات.

([2]) Montesquieu, De l' esprit des lois, livre X1, chap. 6, P.U.F., 1984.

([3]) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3 e edition, p. 388.

([4]) Michel Troper, la séperation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française, L.G.D. 1980. p. 205.

المبحث الثاني

الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للدستور

٢٧٩- غير أن المفاهيم السابق بيانها، لم تحظ دوما بالقبول العام، تأسيسا على أن الدساتير في تطورها الراهن، تلهمها حقوق المواطنين وحرياتهم التى تحرص على بيانها بما لا تجهيل فيه([1])؛ وأنها لا تولى مبدأ تقسيم السلطة وتوزيعها، الأهمية ذاتها التى توليها لكل حق أو حرية كفلتها؛ وأن العمل فى كثير من الدول، قد دل على أن تقسيم السلطة آل إلى توحدها من خلال سيطرة بسطتها السلطة التنفيذية المنتخبة -وعن طريق رئيسها- على مظاهر الحياة على اختلافها، واقتضائها من الآخرين الخضوع لها، والنزول على توجيهاتها؛ بل وطلبها أن يكون الولاء لها كاملا ليس فقط فى فرنسا، ولكن كذلك فى النمسا والسويد وأسبانيا والبرتغال، بالرغم من تباين دساتير هذه الدول فى تنظيمها لأفرع السلطة وقواعد توزيعها.

وحتى فى الأحوال التى يكون فيها رئيس مجلس الوزراء هو السلطة القابضة على مقاليد الأمور، فإن دور السلطة التشريعية يتضاءل إلى حد كبير.

وكان لاختلال التوازن بين حقوق السلطة التى تحوزها من خلال امتيازاتها، وحقوق المواطنين وحرياتهم التى يطلبونها، أثر كبير فى الانتقال من مفاهيم تقسيم السلطة وتوزيعها، إلى مفاهيم تناقضها حاصلها أن الدستور يكفل للديموقراطية أسسها عن طريق ضمانه لحقوق المواطنين وحرياتهم.

Passage de le constitution– séparation des pouvoirs à la constitution- garantie des droits.

ذلك أن الدستور ليس السلطة موزعة أو مقيدة. وإنما هو حقوق المواطنين وحرياتهم la constitution c'est la garantie des droits فالحرية لا تكفلها السلطة أيا كان نوع القيود التى فرضها الدستور عليها. وإنما تصونها وتدعمها وثائق إعلان الحقوق التي يفرضها المواطنون على حكامهم ويلزمونهم احترامها. فضلا عن أن تعزيز الديموقراطية وفق صحيح أسسها،

([1]) انظر فى ذلك الجملة الأولى من إعلان ١٧٨٩/٨/٢٦ الفرنسى التي تقول:

Toute societé dans lequelle la garantie des droits n`est pas assurée … n`a point de constitution

وترجمتها: "لا يعتبر المجتمع حائزا لدستور، إذا لم تكن ضمانات حقوق الأفراد مكفولة فيه".

يفترض أن تركز الدساتير اهتمامها على الفرد لا على السلطة، وعلى حقوقه وحرياته التى تحدد إطارا منطقيا لروابطه بها، خاصة وأن هذه الحقوق والحريات هي التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية -في الأعم- من أجل ضمانها بصورة مطردة، ومن خلال مفاهيم ألحقتها بقواعد الدستور ذاتها، مما أحدث تغييرا فى نوعيتها.

ولم يعد كافيا بالتالى أن تصوغ الدساتير أحكامها بما يجعل كميتها أكبر فى اتجاه حقوق الأفراد وحرياتهم، تعميقا لتوازنها مع السلطة بكل امتيازاتها؛ وإنما كان على جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل بصورة عملية -ومن خلال مناهجها ووسائلها- لدعم حقوق مواطنيها وحرياتهم، وأن تقيم لصرحها منظورا قضائيا la charte jurisprudentielle des droits et libertés. مغايرا بالضرورة لوثائق إعلان الحقوق فى صيغتها النظرية.

وهذا الانتقال من المفاهيم التى تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة لتنظيم السلطة؛ إلى أفكار تناقضها تقوم على أن الدستور هو حقوق المواطنين وحرياتهم، هو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية على ألا تقيد نفسها بالقائمة المغلقة التى حصر الدستور حقوق المواطنين وحرياتهم فيها. ذلك أن هذه القائمة المغلقة la liste close لا تضمنها فى الأصل إلا قواعد اللعبة السياسية التى تتحدد ضوابطها على ضوء حقيقة الروابط بين مراكز القوة المؤثرة فى المجتمع؛ وفى الحدود التى يؤكد المواطنون فيها -وبكل فئاتهم- يقظتهم فى الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم([1]).

ولا كذلك أن تكون قائمة حقوقهم وحرياتهم هذه، من إبداع جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. ذلك أن هذه القائمة تزداد طولا وعمقا En largeur et profondeur مع كل حكم يصدر عنها متضمنا مبدأ دستوريا جديدا([2]). لتحل محل القائمة المغلقة، قائمة جديدة مختلفة

([1]) انظر فى ذلك الوثيقة النهائية لدستور ٣ سبتمبر ١٧٩١ الفرنسى التى جاء فيها أن يقظة الآباء والأزواج والأمهات، وأعينهم الساهرة وكذلك الشباب وكافة المواطنين، هى الضمان لحقوقهم.

La vilgilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les français.

([2]) فما قررته المحكمة الدستورية العليا من أن القوانين الجنائية يجب أن تصاغ فى حدود ضيقة، وأن تتضمن إخطارا كافيا بحقيقة الأفعال التى تؤثمها، يعد مبدأ دستوريا جديدا كافلا حقوقا للمواطنين لم ينص عليها الدستور. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما جرى به قضاؤها من أن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون مفرطة فى قسوتها أو ممعنة فى الحط من كرامة الإنسان؛ ومن عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد، أو تقييد حريته على وجه آخر، بغير الوسائل القانونية السليمة. فكل أولئك مبادئ لا ينص عليها الدستور، وأضافتها المحكمة الدستورية العليا إلى هذه الوثيقة مما جعلها جزء منها.

عنها، ولا تتأتى حمايتها إلا عن طريق الأحكام القضائية التى تصدرها الجهة القضائيـة للرقابـة على الدستورية، والتى لا يجوز الامتناع عن تنفيذها أو التراخى فيه. ولم يعد صحيحـا مطلـق القول بأن كل قاعدة قانونية يأتى بها القانون، يجوز إلغاؤها بقانون لاحق C'est qu'une loi à fait, une autre loi peut le défaire ذلك أن تعديل السلطة التشريعية للقوانين أو إلغاءهـا، وإن كـان يدخل فى وظيفتها، إلا أن سلطتها فى ذلك حدها قواعد الدستور التى تمنعها من أن تقر أو تعـدل قانونا يخل بفرائض لها طبيعة دستورية([1]) Des exigences de caractère consitutionnel، وإلا بطل كل قانون ينتهكها([2]).

وزاد من قوة هذا الاتجاه، أن دور جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لم يعـد مجرد تطوير دائم لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإنما تعداه إلى العمل على حمايتها مـن خـلال أحكامها التى يخرج بها الدستور من صورته الأولى إلى صورة جديدة تدونها هذه الجهة بنفسـها L'écriture juridictionnelle des droits. وهى صورة لا تعمل فى فراغ. ذلك أن التعديـل فـى أحكامها أو تحويرها أو العدول عنها يقترن دوما بجزاء يمثل ضمانة قضائية أعلى فـى وزنـها وقيمتها من نصوص الدستور فى صيغها المجردة والهامدة L'écriture institué.

وعلى ضوء تلك الصورة الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم لا تظهر نصوص الدسـتور كمجرد إطار لتنظيم الروابط داخل الدولة فيما بين مؤسساتها، وإنما بوصفها –وبالنظر إلى غاياتها النهائية– إطارا لحدود علاقتها بمواطنيها التى لا يكفلها غير آلية قضائية ينشـئها الدسـتور ولا تتوخى غير تطوير حقوق المواطنين وحرياتهم، ومجابهة كل إخلال بها، ولو صدر عن السـلطة التشريعية ذاتها التى كان ينظر إليها قديما باعتبار أن تشريعاتها هى التى تبلور السيادة الشـعبية؛ وأن تمثيلها لهيئة الناخبين يعطيها قوتها ومكانتها وهيبتها، وينقل إليها حقوق السيادة التى تملكـها؛ وأن الإرادة البرلمانية بالتالى la volonté parlémentaire هـى ذاتـها إرادة الجمـاهير فـى مواقعـها المختـلفة La volonté géneral de la Nation، ومن ثم تنصـهر هاتـان الإرادتـان وتندمجان، لتظهر الإرادة البرلمانية كرافعة فعلية للسيادة الشعبية([3]).

l'érigeant effectivement en souverain.

([1]) C.C.84- 185 D.C., 18 janvier 1985, R. p.36 ; C.C., 89- 259 D. C., 26 juillet 1989, R.p.66.

([2]) C.C. 90 - 281 D. C. , 27 decembre 1990 R. p. 91.

([3]) Carré de Malberg , la loi . expression de la volonté génerale, Economica 1984.

بيد أن تصور قيام الديموقراطية على هذه المفاهيم، كان معيبا من جهتين:

أولاهما: أنها لم تكن غير تعبير عن تسلط السلطة التشريعية حتى لا تتقيد بضوابط تحد من حركتها. شأن موقفها فى ذلك، شأن ما قرره لويس الخامس عشر من أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز فصلها عن حقوق ملوكهم ومصالحهم، بل يتعين دمجها فى بعضها البعض لضمان تناسقها([1]).

ثانيتهما: أن حقوق من يباشرون السلطة، يتعين تمييزها عن حقوق الخاضعين لها، فلا تختلط حقوق المواطنين بممثليهم. وإنما يكون لحقوق المواطنين ذاتيتها التى تنفصل بها عن حقوق السلطة وامتيازاتها، بما يعمق الفواصل بين الفريقين، توكيدا لحقيقة قانونية مفادها أن الدستور لا يتوخى بالقيود التى يفرضها على مباشرة السلطة لامتيازاتها، غير ضمان خضوعها لإرادة مواطنيها الذين يملكون حقوق السيادة الفعلية التى تفرض نفسها على كل سيادة غيرها حتى تكون بوضعها ومركزها، خارج حدود كل دائرة تعمل على خلافها.

وإذا كان العمل قد دل على إخفاق الديموقراطية المباشرة- وهى تعبير مباشر، وكامل عن السيادة الشعبية- بالنظر إلى تعذر تطبيقها عملا، مما حمل الجماهير على إبدالها بالديموقراطية التمثيلية التى تفوض بها الجماهير من ينوبون عنها فى التعبير عن إرادتها؛ إلا أن هؤلاء قد لا يفلحون فى التعبير عما تريده الجماهير، أو يخونونها، أو يسيئون فهمها، أو يعرضون قضاياها بالطريقة التى لا تكفل مصالحها. ويتعين بالتالى تقويم تصرفاتهم من خلال إبطال جهة الرقابة القضائية للقوانين التى أقرتها، على ضوء نظرتها إلى الدستور باعتباره وثيقة لحقوق المواطنين. La Constitution charte des droits لا يكفلها سواها، بحكم استقلال موقعها عن كل من السلطة التشريعية والتنفيذية. فلا يقيمها الدستور داخل حدودهما، ولا فى منطقة التماس معها، ولا حتى على خطوطها.

وهي فوق هذا لا تقرر فقط أن لكل من الحكام ومحكوميهم حقوقا مختلفة، ولكنها تتدخل من خلال رقابتها لبيان قائمة الحقوق التي يملكها كل فريق في مواجهة الآخر، ولتحديد نوع المصالح التي يختص بها.

([1]) انظر خطاب لويس الخامس عشر إلى البرلمان فى ١٧٦٦/٣/٣ فى
Jean- Yves Guiomar, L'idéologie Nationale, champ libres 1974, p. 39.

فالمصالح السياسية التى تعمل السلطتان التشريعية والتنفيذية على تحقيقها، لا يجوز أن تناقض التكوين المدنى لمجتمعهما الذى تتفوق فيه حقوق الأفراد على تلك المصالح. ذلك أن الأفراد يباشرون السيادة الشعبية التى كان ارتباطها قويا بالحقوق التى كفلتها فى وثائق إعلان الحقوق، وعلى الأخص كلما دل القبول بهذه الوثائق عن طريق استفتاء عام، على الانضمام إليها فيما قررته من حقوق([1]).

ولقد كان انحياز جهة الرقابة على الدستورية للسيادة الشعبية فى حقيقة مدلولها -والتى لا شأن لها بالطبيعة التمثيلية للبرلمان- مفضيا إلى تغيير فى نوعية المفاهيم الديموقراطية التى يلتزمها المشرع la qualité démocratique de legislation. وهو تغيير لن يكتمل فى فرنسا إلا بتخويل الأفراد حق الطعن فى دستورية القوانين التى يضر تطبيقها بمصالحهم، ولو كان ذلك بعد العمل بها([2]).

([1]) أعطى المجلس الدستورى الفرنسى قيمة دستورية لحقوق الملكية، وغلبها على الإرادة البرلمانية قاضيا بأن الشعب الفرنسى هو الذى رفض بمقتضى الاستفتاء الذى تم فى ٥ مايو ١٩٤٦ إصدار إعلان جديد لحقوق الإنسان يشمل مبادئ غير التى سبق إعلانها عام ١٧٨٩. كذلك فإن هذا الشعب هو الذى وافق فى استفتاء ١٩٥٨/١٠/١٣ عى نصوص تعطى القيمة الدستورية للمبادئ والحقوق المعلن عنها فى ١٧٨٩.

([2]) ومن ذلك ما قرره بعض الفقهاء من أن المجلس الدستورى فى فرنسا قد أعطى البرلمان بقراره رقم C.C.89,-271 D.C.,11 Janv. 1990,R.P.21 درسا فى الديموقراطية حين وضع البرلمان قيودا غير مبررة على حرية تدفق الآراء والأفكار .كذلك دمغ المجلس الدستورى بالبطلان تشريعا برلمانيا فرق فيه بين المواطنين والأجانب بعد أن استبعد الأجنبى المقيم بانتظام فى فرنسا من الحصول على المعونة الاجتماعية التى يحصل عليها المواطن C.C89.-269 D.C., 22 Janv. 1990,R.P.13.

المبحث الثالث

انهيار مفاهيم الديمقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها.

٢٨٠- على أن الديموقراطية المعاصرة، وإن كانت هى الديموقراطيـــة البرلمانيـــة التـــى ترفض تأسيس سلطة الأمير على مشيئته التى يقيمها على الحق الإلهى Le droit divin، وتأخذ بما تنص عليه المادة ٦ من إعلان ١٩٨٩ التى تقضى بأن القانون هو التعبير عـــن الإرادة العامـــة، وأن لكل المواطنين الحق فى العمل معا -سواء بأشخاصهم أو عن طريق ممثليـــهم- مـــن أجـــل تشكيله؛ وكان من يمثلون المواطنين فى مجموعهم، قد صاروا مسئولين عن التعبـــير عـــن هـــذه الإرادة بعد سقوط الديموقراطية المباشرة؛ وكان القانون قد صار بالتـــالى مركـــز الديموقراطيـــة النيابية التى تفترض وجود ممثلين للجماهير أنابتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية، وفوضتهم كذلك في النظر في شؤونها Chargé par la Nation de vouloir pour la Nation فلا تكون القوانين التى يقرونها -وبالضرورة- غير تعبير عن إرادة الجماهير؛ إلا أن الديمقراطية التمثيلية لم تكـــن في حقيقتها غير خلط بين إرادة الجماهير، وكيفية التعبير عنها. ذلك أن إرادة الجماهير لا يشـــكلها عدد الأفراد الذين يسهمون فى تكوينها، ولا نوعيتهم. وإنما الإيمان بالقيمة المطلقة لحكم العقـــل(1) La croyance de la valeur absolue de la raison هو الذى يضفى عليها قيمتها.

وفي هذه الحدود، ارتبط مبدأ سيادة القانون بالخضوع الكامل لفرائض العقل وموجباته التى يلتزمها البرلمانيون فى تحديد مضمون كل قانون يقرونه. وكذلك فى مناقشاتهم داخل البرلمـــــان، وأساسها المواجهة، والعلانية، والحوار المنظم.

بيد أن ما يلاحظ اليوم هو أن البرلمانيين فقدوا مصداقيتهم ومكانتهم. ذلـــك أنـــهم يقدمـــون مصالح حزبهم على مصالح أمتهم، وتنحاز تشريعاتهم كذلك لهيئة الناخبين أكثر مـــن اســـتجابتهم لحكم العقل؛ مما جعل جماعات الضغط والنظم النقابية، والجمعيات أفضل تمثيلا من البرلمـــانيين وأعمق تأثيرا فى التعبير عن إرادة الجماهير وتشكيلها.

فضلا عن أن ضوابط الالتزام الحزبى Le discipline majoritaire كثـــيرا ما يصـــير بـــها الحوار داخل البرلمان عقيما جدبا.

---

(1) يقول جورج بوردو أن القانون بنيان منطقي تفرضه مقتضيات العقل، U n édifice rational élevé pour des êtres de raison [George Burdeau: Une survivance: la nation de constitution, sirey1956,p.53].

وتقوم الصحافة اليوم بدور البرلمان فيما يتعلق بتبصير المواطنين بحقيقة الأوضاع التي يعايشونها، وبتشكيل إرادتهم بما يحقق طموحاتهم ويعبر عن روحهم،ويفرض أشكالا من الرقابة على حكامهم.

وكان ارتباط أعضاء السلطة التشريعية بالمواطنين بالتالي، أقل بكثير من تأثير وسائل الإعلام عليهم، سواء من خلال إنبائهم بالحقائق، أو تشكيل أفكارهم، أو التعبير عن آمالهم، أو دعم مواقفهم في مواجهة السلطة([1]).

واقترن أفول مركز البرلمان، بطور آخر من أطوار الديموقراطية المعاصرة، تمثل في سيطرة التكنوقراطيين على مقاليد الأمور فى أوطانهم من خلال مفاهيم العدالة الاجتماعية، والأداء الأقدر لتحقيق المهام الوطنية.

وقد كان لهذه المفاهيم العلمية دور حتى فى تحقيق الديموقراطية السياسية، وذلك بالنظر إلى تجردها من كافة العوامل الشخصية؛ ومن كل تأثير من طبيعة أيديولوجية؛ وكذلك من خلال فعالية وحيدة النشاط العام([2]). بل إن الحقائق العلمية التى قام عليها هذا الطور من الديموقراطية المعاصرة؛ هى التى أفاد المشرع منها فى تطوير القوانين التى أسسها عليها.

بيد أن هذا الشكل الجديد للديموقراطية سرعان ما أخفق فى ضمان الحماية الحقيقة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك بالنظر إلى عمق اقتناعهم بأن الإدارة لم تفلح فى مواجهة العوائق الاقتصادية وعثراتها وأزماتها؛ ولا فى تحقيق معدل معقول للتنمية؛ ولا فى ضمان الحماية الاجتماعية للناس جميعهم. وحتى كفائتها فى العمل، صار مشكوكا فيها. وتحجر قوالبها ونمطية تصرفاتها، آل كذلك إلى جمود مجتمعها، بل وحصاره.

ولم تعد الإدارة بموظفيها التكنوقراطيين هى الأقدر على العمل. وكان ملحوظا كذلك شلها للمبادرة الفردية، وتقويضها فرص النظم المختلفة فى النهوض بمسئوليتها، مما ألحق بحريات الأفراد أسوأ المخاطر، بالنظر إلى سيطرتها الكاملة على شئون مجتمعها([3]) La maître absolue de la societé.

([1]) Walter Begehat, La Constitution Britannique , Paris - Germer- Bailliére, 1869.
([2]) Georges Burdeau, L' Etat, Seuil, 1970, p. N 7.
([3]) Jacques Chevollier, La fin de l'Etat providence,projet, Mars 1980.

المبحث الرابع
دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديمقراطية

٢٨١- وإذ كان من الفرائض التى تقتضيها الديموقراطية المعاصرة، مواجهة أعمال السلطة -وبصورة مطردة - بالقيم التى ارتضتها الجماعة وشخصتها، فقد كان من المنطقى أن يعلو دور القضاة فى النظم الدستورية.ذلك أن الوظيفة التى يتولونها انتقادية بطبيعتها Une fonction critique تتغيا تحليل أعمال السلطة بقصد تقييمها، والتحقق من مطابقتها للقيم التى قام مجتمعهم عليها، كقيم التكافؤ فى المعاملة القانونية، وفى الحرية، وفى الملكية. وظهر القضاة بوصفهم أمناء على هذه القيم، يحرسونها ويردون كل عدوان عليها Les gardiens des valeurs ، ويستخلصون كذلك الضوابط التى يحددون على أساسها، ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة يعتبر صحيحا أو باطلا. وكان موقفهم من قيم الجماعة وثوابتها ليس فقط مجرد استظهارها، وإنما كذلك تطبيقها فى شأن أعمال السلطة جميعها لضمان خصائصها الديموقراطية.

٢٨٢- وقد أثار ذلك تساؤلا حول الشرعية الديموقراطية لتدخل القضاة -غير المنتخبين- فى أعمال أية سلطة منتخبة بطريق الاقتراع العام المباشر([1]).

وهو تساؤل رد عليه الوضعيون والطبيعيون بطرق مختلفة، وإن كانت نقطة البداية فيها تقتضى تحديد مفهوم الديموقراطية التى يعمل القضاة فى إطارها.

٢٨٣ - فالوضعيون Les positivistes يفسرون الشرعية الديموقراطية لتدخل القضاة فى أعمال السلطة المنتخبة، بقولهم بأن تقرير عدم دستورية القانون يفترض أولا تحقق خلل إجرائى فيه Irrégularité de procedure([2]) ويميزون فى ذلك بين منطقة الشرعية الدستورية التى تعينها السلطة التأسيسية؛ ومنطقة الشرعية القانونية التى يختص البرلمان بها. فإذا تدخل المشرع فى منطقة الشرعية الدستورية سواء بتنظيم مسائل من طبيعة دستورية، أو بإقراره قوانين تناقض فى مضمونها المبادئ الموضوعية التى وضعتها السلطة التأسيسية؛ فإن المشرع يكون قد جاوز حدود

([1]) Georges Védel, la conseil constitutionnel, guardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l' homme, Pouvoirs, 1988, no. 45, P.P. 149.

([2]) Charles Eisenman, La justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche , Economica, 1986,p.17.

ضوابط الاختصاص التى وضعتها هذه السلطة للفصل بين منطقة الشرعية الدستورية، ومنطقة الشرعية القانونية. فلا يكون إبطال القوانين التى أقرها المشرع غير جزاء على تنظيمه مسائل، أو إيراده لنصوص قانونية لا يختص بها. وليس فى تقرير هذا الجزاء مخالفة لأصول الديموقراطية ومبادئها. ذلك أن قضاة الشرعية الدستورية لا يعلون بإرادتهم على البرلمان، ولا يفرضون وجهة نظر شخصية يدحضون بها إرادة الجماهير التى يعبر عنها نوابهم البرلمانيون، ولا يبحثون فى القيمة الداخلية للقانون La valeur intrinséque de la loi ولا ينظرون كذلك فى الخصائص الخلقية التى يقوم عليها La moralité de la loi؛ ولكنهم يكشفون فقط عن انتفاء ولاية المشرع فيما أقره من النصوص القانونية المطعون عليها. وهذا هو الخلل الإجرائى فى هذه النصوص التى يجوز إقرارها من جديد بعد تفاديه([1]).

وفضلا عما تقدم، يقول الوضعيون بأن كل سلطة أنشأها الدستور، عليها أن تمتثل لأحكامه، وأن تعمل فى إطارها. بما يقيم تدرجا هرميا بين الدستور والسلطة التى أحدثها. فإذا نقض قضاة الشرعية الدستورية قانونا مخالفا فى شكله أو مضمونه لقواعد الدستور التى تمثل التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية، فإنهم يقدمون بذلك هذه السيادة على عمل البرلمان. ويحفظون بذلك للديموقراطية أسسها وضوابطها.

فلا يخلون بالقيم الديموقراطية، ولكنهم يوثقونها عن طريق تغليبهم الدستور –وهو التعبير الأعلى عن السيادة الشعبية– على كل سلطة فى الدولة، بما فى ذلك قضاة الشرعية الدستورية أنفسهم الذين لا يجوز لهم مراقبة دستورية القوانين التى أقرتها الجماهير فى استفتاء عام([2]).

([1]) والسلطة التأسيسية –لا المشرع العادى– هى التى تتولى تصحيح القانون المعيب بعدم الاختصاص. وذلك من خلال قانون دستورى Par la voie d'une loi constitutionnelle.

([2]) من المفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تخضع للدستور شأنها في ذلك شأن السلطتين الأخريين. ولا يجوز بالتالي أن تعلو أحكامها على السيادة الشعبية. ومن ثم ساغ في بعض الدول كالنمسا والبرتغال، أن يعيد البرلمان بأغلبية خاصة إقرار القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وفي فرنسا يستطيع الشعب بعد دعوته إلى استفتاء عام، أن يؤكد موافقته على القانون الذي حكم بعدم دستورية بقرار من المجلس الدستوري الفرنسي. وفى ذلك يقرر المجلس الدستورى الفرنسى انحصار رقابته فى القوانين التى أقرها البرلمان لا تلك التى وافق الشعب عليها فى الاستفتاء.

C.C. 6 2- 20 D. C., 6 Nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D. C., 23 Sép. 1992, R.P.94

٢٨٤- والطبيعيون Les jus- naturalistes يؤيدون كذلك تدخل قضاة الشرعية الدستورية فى أعمال البرلمان، ولكنهم يؤسسون هذا التدخل على حجتين مختلفتين:

أولاهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هى النتيجة الطبيعية لخصائص حقوق الإنسان فى عالميتها وتفوقها؛ وعدم جواز الإخلال بها؛ وسبق وجودها حتى على وثائق إعلان الحقوق التى قننتها ووثقتها علانية. ذلك أن حقوق الإنسان كامنة فيه، وليس للسلطة السياسية ولا للجماعة التى يرتبط بها، من شأن بمحتواها بالنظر إلى خروجها عن دائرة كل تنظيم من طبيعة وضعية.

وحتى بعد انتقال الأفراد من حالتهم البدائية إلى حالتهم المدنية، فإن دستور الدولة -وهو من تأسيسهم- ظل قائما على ضمان حقوقهم السابقة على وجوده. وهو ما تنص عليه المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ من أن صون حقوق الإنسان فى الحرية، وفى الملكية، وفى الأمن، وفى عصيان صور القهر والاضطهاد. يبلور حقوقه الطبيعية التى لا يشملها التقادم والتى تتوخى تحقيقها كل جماعه سياسية.

وليس لأية سلطة فى الدولة بالتالى أن تبتدع ما تراه من الحقوق. إذ لا يسعها -وبالنظر إلى علو حقوق الإنسان عليها، ووجودها قبلها- غير أن تدون الحقوق التى تلتئم وحقوق الإنسان هذه التى يتعين أن ينظر إليها باعتبارها موجهة للقوانين فى حركتها، لتفرض نفسها عليها كحقيقة آمرة تتسم بالإطلاق.

ومن ثم تعامل حقوق الإنسان باعتبارها واقعة خارج دائرة عمل السلطة السياسية([1]) فإذا كفلها قضاة الشرعية الدستورية من خلال فصلهم فى دستورية القوانين للتحقق من إخلالها أو تقيدها بهذه الحقوق، فإن عملهم لا يكون مخالفا للقيم الديموقراطية.

ذلك أن مفهوم القانون لا يتحدد إلا فى ضوء تلك الحقوق، التى تفرض نفسها على السلطة السياسية. ولا يعدو هذا المركز الخاص لحقوق الإنسان الواقعة فيما وراء السلطة السياسية، أن

([1]) انظر فى ذلك ص ١٧ و١٨ من مؤلف:

Charles Cadaux. Droit constitutionnel et institutions politiques, quatriéme édition.

يكون وعاء الشرعية الدستورية للقوانين جميعها. ذلك أن قضاة هذه الشرعية يكفلون إنفاذ تلك الحقوق من خلال إبطال القوانين التى تخل بها.

وهم بذلك يصونون حقوق الإنسان ويحرسونها، ولا يعارضون القيم الديموقراطية، وإنما يعطونها التعبير الأعلى من خلال ضمان خضوع الدولة للقانون بصفة كاملة وفعلية. فلا تطلق يدها فى كافة الشئون L'absolutisme، ولا يقارن التحكم L' arbitraire تصرفاتها. وإنما الحقوق السابقة على القانون هي التى تقيده. وتفرض عليها الانصياع للقضاة الذين يلزمونها بالخضوع لها.

ومن ثم تتقيد الدولة بالقانون، لا لأنه من صنعها Théorie de l'autolimitation وإنما لأن الدولة تجد نفسها مجابهة بحقيقة قانونية تعلوها وتستقل عنها وتحملها على النزول عليها Théorie de l' hétérolimitation.

وينبغي أن يلاحظ على الأخص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها لمبدأ التدرج فى القواعد القانونية. ولكنها أولا وقبل كل شئ وسيلة إلزامها باحترام حقوق الإنسان وحرياته، وضمان تقيد دولة القانون لا بالقانون بوجه عام وأيا كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التى تعبر عن قيم الحرية والمساواة والتسامح.

وجميعها حقوق تكفل انتفاع الأفراد بها فى مواجهة الدولة التى قد تعارضها. فلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسساتها -والقضائية منها بوجه خاص- غير توكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديموقراطية.

ثانيتهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هى النتيجة المنطقية لفرائض الديموقراطية المعاصرة. ولا جرم فى أن للديموقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التى تقيمها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التى جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديموقراطية. ذلك أن الديموقراطية الحقيقية اليوم، هى التى تتضمن -بين ما تشمل عليه- صون حقوق الإنسان؛ وتفترض وجود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها فى مواجهة الأغلبية

البرلمانية التى قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بأقلياتهم وطوائفهم وألوانهم وأيا كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديموقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩٩٠/١/١١، أن التعددية فى الآراء والأفكار، هى أساس الديموقراطية. وصارت الديموقراطية بالتالى مفهوما قضائيا متحركا، وقاعدة للحكم القضائى على أعمال الدولة وتصرفاتها([1]).

La démocratie ainsi définie, dévient donc un concept constitutionnel opératoire. C' est à dire une régle de jugement des actes de l' Etat.

([1]) C.C. 89- 271, D.C. 11 janv. 1990, R.p. 21.

المبحث الخامس
تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية

٢٨٥- على أن نقطة البداية التى يؤسس عليها الوضعيون والطبيعيون موقفهم من الرقابة على الشرعية الدستورية، تفترض أن الدستور حقيقة لها وجودها فيما وراء جهة الرقابة على الدستورية، وأنها تفرض نفسها عليها، وأن القواعد الدستورية -الشكلية منها والموضوعية- تحمل فى ذاتها دلائل معانيها، فلا تستنبط جهة الرقابة القضائية منها هذه المعانى، إذ هى واضحة من ذات قواعد الدستور. ولن يكون إبطالها القانون المناقض للدستور بالتالى، غير مجرد إخطار للمشرع بالمخالفة التى ارتكبها.

فإذا علق قانون وجود الجمعية على شرط الترخيص السابق بإنشائها، فإن جهة الرقابة إذ تبطل هذا القانون، فإن عملها لن يزيد على مجرد تنبيه البرلمان إلى أن حرية تكوين الجمعية تناقض تعليق وجودها على ترخيص سابق، إداريا كان أم قضائيا.

وإذا أقر البرلمان قانونا فى شأن تأميم أموال المشروع الخاص، فإن جهة الرقابة التى تبطل هذا القانون لا تفعل أكثر من تذكيره بأن المواد ٢ و١٧ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسى، تعنيان عدم جواز تقييد مجال الملكية، وحرية المشروع الخاص.

ومن ثم ينحصر عمل جهة الرقابة القضائية فى مواجهة المشرع بالقاعدة الدستورية التى خالفها. وهى قاعدة تحكم المشرع، وتحكمها كذلك.

ولن يزيد دورها بالتالى على مجرد نقلها وترديدها بلسانها La porte- parole وفى هذا الإطار يصير المنطق القضائى شبيها بعملية حسابية، تنحصر فى إنزال القاعدة الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته عن طريق القياس المنطقى الذى يقوم على أن مخالفة القانون لقاعدة تعلوه، مؤداه أن يصير القانون باطلا.

ولا اجتهاد فى ذلك من قضاة جهة الرقابة القضائية، وكأنهم مجرد أفواه يرددون معانى تنطق بها نصوص الدستور les juges n'etant que la bouche qui prononce les paroles de la constitution فلا تكون لهم أية سلطة في استخلاص معانيها أو تطويرها([1]). ذلك أن القاعدة

([1]) هذه العبارة مستعارة من مونتسكيو فى مؤلفه روح القوانين .Liver Xi, chap.6.

الدستورية أسبق فى وجودها من وجود جهة الرقابة. وهى بذلك لا تنشئها. ولكنها تعلنها بطريقة محايدة.

وما يقول به الوضعيون والطبيعون من ترديد جهة الرقابة للقاعدة الدستورية بنفسها وفحواها إنكار لحقيقة المهام التى تقوم جهة الرقابة عليها، وأخصها استنباطها بنفسها مضمون كل قاعدة لها طبيعة دستورية؛ ومفاضلتها بين المعانى المتعددة التى تحملها؛ واختيارها واحدا من بينها يكون أدنى إلى فهمها لحقيقة دلالتها. وتلك عملية خلق للقانون تناقض أراء الوضعيين والطبيعيين الذين يقولون بأن جهة الرقابة القضائية لا تفعل أكثر من ترديد قاعدة دستورية تتقيد هى نفسها بها.

وكأنهم ينطلقون من تصور أن جهة الرقابة على الدستورية لا تأخذ العوامل السياسية في اعتبارها، وأنها منكفئة على نفسها، ولا شأن لها بالأوضاع القائمة التي تعايشها. وهو ما يناقض حقيقة أن هذه الجهة لا تطبق الدستور بآلية عمياء. ولكنها تقوم أولا بتحديد معاني نصوصه حتى الواضحة منها. بل هي تفاضل بين المعاني التي يحملها النص الواحد، وتختار واحدا من بينها في إطار عملية خلق وإبداع تتم من خلال التفسير القضائي لنصوص الدستور. فلا تحمل هذه النصوص في النهاية، غير المعاني التي تنسبها إليها جهة الرقابة على الدستورية، وتربطها بها.

وما يقال من أن جهة الرقابة على الدستورية غير منتخبة، ولا مسئولة عن أعمالها أمام أية جهة([1])، ولا يجوز بالتالي أن تباشر دورا سياسيا؛ مردود بأن هذه الجهة تتولى تقييم أعمال السلطة التشريعية وتقويمها، وهي تدعوها إلى تصحيح أخطائها وتبصرها بعواقبها، وتبطل القوانين الصادرة عنها؛ وتحدد كذلك من خلال أحكامها ما ينبغي أن يكون سلوكا رشيدا للقائمين بالعمل العام في مواقعه المختلفة.

فضلا عن أن الرقابة التي تباشرها لها ثقلها سواء في مرحلة إعداد الحكومة للقانون، أو على صعيد الحوار حول محتواه فيما بين أعضاء السلطة التشريعية عند عرضه عليها.

([1]) يقال أن السلطة السياسية لا تملكها إلا الجهات التي خولها الدستور اختصاص تنظيم أعمال من طبيعة سياسية كالسلطة التشريعية؛ ولا تباشرها إلا جهة يجوز محاسبتها أمام الجماهير عن أعمالها ومن ذلك مساءلة الحكومة أمام البرلمان بحجب الثقة عنها؛ ومحاسبة البرلمان من خلال حله، ومراقبة الحكومة من خلال حق الاقتراع الذي قد يأتي بأغلبية برلمانية تعاديها.

ولم يعد للبرلمان بالتالي -في مباشرته لسلطته التشريعية- أن يخل بأية قاعدة لها قيمة دستورية([1]). ذلك إن تمتعها بهذه القيمة، يعليها فوق أجهزة الدولة جميعها، ويؤكد أن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور([2]).

la loi n'exprime pas la volonté generale que dans le respect de la constitution.

وهو ما يعنى أن الديمقراطية كما هي قرار الأغلبية، إنها كذلك قرار احترامها لحقوق الفرد وحرياته من خلال القيم التي حرص الدستور على تثبيتها. مما جعل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية في بؤرة الصراع بين الحكومة التي تعتبر أصل كل مشروع يقدم إلى البرلمان من جهة؛ وفيما يدور داخل البرلمان من جدل وحوار حول المشروع تعديلا أو رفضا من جهة أخرى. فلا تكون الحكومة، والبرلمان، وجهة الرقابة على الدستورية، إلا عناصر فاعلة في منظومة صناعة القانون، ولكل منها دور مشروع فيها. وإن كان متفاوتا في درجته.

فالحكومة تعتمد في شرعيتها على ثقة الأغلبية البرلمانية بها. والبرلمان يعتمد في شرعيته على ثقة هيئة الناخبين به. وهو يطرح على ضوء هذه الثقة -وبصورة علنية- المشروع المعروض عليه، سواء من جهة ملاءمة نصوصه، أو من زاوية مضمونها.

وشرعية جهة الرقابة أساسها انحيازها لقيم الدستور وانتصافها لحقوق الفرد وحرياته. وقراراتها التي تفرضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطيها مركزا متميزا على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور نهائيا. فلا تراجعها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية حرية كاملة في انتقاء الحلول التي تستصوبها. إذ تتأثر في قراراتها بمجموعة من العوامل تقيمها على حدود الاعتدال لا التحكم. فالبرلمان وأساتذة الجامعة والمحامون والمزارعون والعمال يفسرون الدستور كل وفق ما يراه أكثر صوابا لأحكامه.وإلى جانبهم رجال الصحافة بضغوطها وتعبئتها لآراء الجماهير في اتجاه دون آخر. ومعهم كذلك جماعات الضغط على اختلافها كالجمعيات والنقابات -العمالية والمهنية-

---

([1]) C. C. 81 - 132 D. C., 16 janvier 1982 . R. p. 18.
([2]) C.C. 85 - 197 D. C.,23 Août 1985 . R. p. 70

فلا تكون آراؤها غير قوة لها تأثيرها على جهة الرقابة على الدستورية، تجعلها أكثر حذرا في تقريراتها، خاصة إذا قيدتها سوابقها القديمة بمفاهيمها([1]).

وفى ظل هذه الأوضاع، كان على الجهة القضائية للرقابة على الشرعية الدستورية، أن توفق بين الآراء المختلفة؛ وأن تحرص على موضوعية أحكامها؛ وأن تقيم رابطة منطقية بينها تكفل تماسكها، وتحول دون تعثرها، فلا تتباعد أو تتناقض اتجاهاتها، حتى يظل القبول بأحكامها قائما من منطلق قوة الإقناع، ويقظة الضمير. فما تقرره جهة الرقابة على الدستورية من أن كرامة الإنسان وصونها، أصل كل حرية يطلبها، ووعاء لحقوقه جميعا؛ لا يجوز أن يكون تعبيرا منفلتا دون ضابط؛ ولا منبئا عن سلطة تقديرية كاملة تخولها أن تقرر ما تريد؛ وإنما عليها أن تقيم لهذه القاعدة أسسها ودعاماتها التى يناقشها الناقدون لها، فلا تكون صحتها ومتانة حجتها، غير دعوة مفتوحة للانضمام إلى تقريراتها.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع التي تحيطها؛ وأن تقدر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها متواصلة منطقيا في غير انقطاع، وتساندها في أصولها وفروعها مفضيا إلى منطوقها، دالا على ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسيها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح لها خطرها؛ ومنبئة عن تطور في اتجاه التقدم.

وفي ذلك ما يمايز بين النظم الشمولية والنظم الديمقراطية. ذلك أن أولاها تنظر إلى حقوق الفرد وحرياته على ضوء مفاهيم تفرضها أيديولوجية تبنتها، ولا تتسامح في جدل يدور حول توسعتها أو كيفية تطبيقها إلا في الحدود التي تأذن بها.

ولا كذلك النظم الديمقراطية التي لا تنغلق معها مفاهيم الحق والحرية. بل تكون مفتوحة معانيها، متطورة مقاصدها، في إطار دائرة من الحوار تتنوع مجالاتها، وتتعدد حلقاتها، وتطرح بأدواتها ما تراه صائبا في تقديرها. فلا تنفرد الأغلبية بتقرير كل شأن عام، ولا تكون لها شرعية نهائية تحول دون محاسبتها عن أخطائها.

([1]) Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institution politiques, quatrieme edition, p. 299- 315.

وفي ذلك المحيط، تعمل جهة الرقابة على الدستورية التي تطرح بأحكامها القيم التي احتضنها الدستور. فلا تنظر إلى خياراتها في المسائل المعروضة عليها باعتبارها حلولا نهائية لها. وعليها بالتالي أن تقبل بصورة مطردة كل تطور في المفاهيم التي تتحدد على ضوئها دستورية النصوص القانونية، وأن تقرر للمواطنين الحقوق الأكفل لمصالحهم، ولو لم ينص عليها الدستور، كلما أمكن ربط هذه الحقوق بأحكامه. وفي ذلك تعميق للديمقراطية.

المبحث السادس
أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا

٢٨٦- ثمة حقيقة لا نزاع فيها، هي أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لن تحقق ما يراد لها من تطور، ولن تبلغ الآمال المعقودة عليها في غيبة الديمقراطية المتكاملة في أركانها ووسائلها وأهدافها؛ والتي تعارض بمفاهيمها نظرية الخطوط الحمراء التي لا يجوز اجتيازها؛والفواصل التي لا يجوز تخطيها؛ والمسائل التي لا تجوز مناقشتها إلا وراء جدران مغلقة؛ والحلول الجزئية لأوضاع قائمة بظلمها وتفريقها بين المواطنين؛ والحواجز التي تقيد مضمون الحوار وطرائقه؛ والتلون بالانتهازية وبريق الأطماع وصولا إلى المراكز المؤثرة في اتخاذ القرار؛ وإحلال تركيز السلطة محل توزيعها؛ واستقرارها في يد من يتولاها إلى غير حد، بدلا من تداولها من خلال حق الاقتراع كي يظفر بها من يستحقها عدلا لا بهتانا؛ مغالبة لا زلفى.

ولا تزال السلطة فى الدول النامية -وحتى اليوم- بيد فئة محدودة تعلو بموقعها فوق كل الجباه، وتستبد بوسائلها بكل أمر، وتقهر خصومها بكل الطرق. وحتى الذين يناصرونها، لا يؤمنون حقا بها، وإنما يقدمون قرابينهم إليها حتى يحظوا بموطئ قدم لديها، ويحصلون منها على المزايا التى تكافئهم بها، والفرص التى تتيحها لهم بغير الحق. فلا تكون هذه المزايا والفرص إلا أسلابا يتقاسمونها، وغنائم يختصون بها بالمخالفة للقانون.

والمواطنون إلى جانبهم قابعون في أماكنهم لا يتحولون عنها حتى لا تنالهم السلطة بفحشها وتمردها، بعد أن صار القانون أداة بطشها تصوغ نصوصه بالكيفية التي تراها، وبالمقاييس التي تستصوبها.

ولا تزال شهوة السلطة بريقا خاطفا للأبصار. وطغيان نفوذها قاهرا لكل القيم، وإفكها يتخذ من الشرعية التي يناهضها ثوبا وإطارا.

وكان من المفترض أن تؤثر مثل هذه الأوضاع في الكيفية التي تباشر بها المحكمة الدستورية العليا ولايتها؛ وأن تعجزها عن القيام بمهامها، لولا أن رجالها كانوا أحد بصرا بآمال مواطنيهم وطرق تحقيقها؛ وكان عليهم أن يردوا المسائل المتنازع عليها إلى أصولها في الدول

الديمقراطية؛ فأجروا عليها مقاييسها وقرروا في أحكامهم أن حقوق الإنسان وحرياته في مصـر لا تتحدد مضامينها، ولا ضوابط ممارستها إلا وفق المعايير التـي التزمتـها الـدول الديمقراطيـة واتخذتها أسلوبا لحياتها، فلا تكون لحقوقهم وحرياتهم هذه معايير ضيقة تنال من جوهرها. بل هي الآفاق الديمقراطية الأرحب والأعمق، تسعها في كل تطبيقاتها، وتزاوجها بالقيم التـي احتضنـها الدستور، وبخصائص الدولة القانونية في نظمها وتوجهاتها؛ وبضرورة أن تكـون الحريـة فـي معناها الحق، هي إرادة الاختيار والإبداع وسلطة التقرير([1]).

([1]) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤- ص ٨٩ مـن المجلـد الأول من الجزء الخامس حيث تقول المحكمة أن مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى دولة القانون عليـها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى التزمتها الدول الديموقراطية باطراد، واستقر العمل على انتهاجـها فـى مظاهر سلوكها المختلفة.

وأنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقـم ١٧- ص ٢٤١ وما بعدها من الجزء الثامن حيث تقول المحكمة الدستورية العليا إن الإبداع ليس إلا موقفا حرا واعيا يتناول ألوانا من العلوم والفنون تعدد أشكالها وطرائق التعبير منها. وهو فى حياة الأمم إثراء لها وأداة ارتقائها.

الفصل الرابع عشر
الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها

المبحث الأول
تنوع مصادر الشرعية الدستورية

٢٨٧- تتنوع المصادر التى تحتكم إليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى مجال الفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها. فلا يكون الدستور وحده مرجعها، وإنما تقوم إلى جواره نصوص أخرى لها قيمة دستورية كوثائق إعلان الحقوق.

وتنوع هذه المصادر يفيد بالضرورة تغاير معانيها، وتفرق توجهاتها واحتمال تعارضها فيما بينها Hétérogéneité بالنظر إلى اختلافها فى الحقائق التاريخية التى تحيط بها، وتباين ظروفها، وتنوع المفاهيم الفلسفية التى انبتتها، فلا يكون نسيجها، ولا وقت صدورها، متجانسا، ولا تربطها ببعض وحدة المفاهيم التى وجهتها ولا القيم التى احتوتها، ولا الأجواء التى لا بستها.

ذلك أن ما يميز تلك المصادر هو التعارض لا التوافق، بل إن تنافرها فيما بينها يعتبر جوهر خصائصها Le caractéristique principale.

فالحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير والحق فى الحياة وحرية التنقل، مقررة أصلا لمصلحة الفرد فى مواجهة الدولة التى يتعين عليها ألا تتدخل فى هذه الحقوق إلا فى أضيق الحدود سواء لضمان الوسائل الأفضل لانتفاع المواطنين بها،وتوكيد ذاتيتهم؛ أو لتحقيق التوافق بين مباشرتها وحقوق الآخرين، فلا يضارون بسببها.

ولا كذلك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التى تقتضى تدخلا إيجابيا من الدولة يجعلها مدينة بها Droits – créances لمصلحة الأفراد والجماعات بضمانها حدا أدنى من الدخول وتوفيرها المعاهد التعليمية وأدواتها، وكفالتها الوسائل الطبية التى تصون بها صحة مواطنيها وتقيهم مخاطر الأمراض على اختلافها. وهذه الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق هى التى بينتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

"الأصل فى الحقوق المدنية والسياسية، هو اتسامها بإمكان توكيدها قضاء justiciable وإنفاذها جبرا Enforceable ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل فى نطاقها دون مقتض، يعتبر كافيا لضمانها. وعليها بالتالى ألا تأتى أفعالا تعارضها أو تنقضها.

وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتقريرها عن طريق الاعتماد على مواردها الذاتية التى تتيحها قدراتها؛ بما مؤداه، أن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية هى التى تناهض الفقر والجوع والمرض، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس فى آن واحد، بل يكون تحقيقها داخل الدولة، مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسئولياتها قبل مواطنيها، وإمكان النهوض بمتطلباتها.

فلا تنفذ هذه الحقوق نفاذا فوريا، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعا لنطاقها، ليكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها،متتابعا، واقعا فى أجزاء من إقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعا([1]).

كذلك لا يتعلق التغاير فى الحقوق بما هو منصوص عليه منها فى الدستور. وإنما تتفاوت كذلك وثائق إعلان الحقوق فى مبادئها وتوجهاتها.

ذلك أن منها ما يقدم الفرد على الجماعة، وتظهر نزعته الفردية شديدة الوضوح. ومنها ما يؤسس الديموقراطية على القيم الاقتصادية والاجتماعية التى تقدم الحقوق الجماعية على الحقوق الفردية. بل إن الدساتير ووثائق إعلان الحقوق لا تتعارض فقط فى الخطوط العريضة التى تعمل فى إطارها. وإنما كذلك فى مكوناتها.

فالعمال الذين يضربون عن العمل، يخلون بحق المرافق فى ضمان انتظامها حال أن إضرابهم يعتبر من الحقوق ذات القيمة الدستورية التى تقوم إلى جوار حق المرافق فى تأمين سيرها المنتظم. وكلاهما بالتالى حقان دستوريان([2]).

([1]) دستورية عليا "القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣- ص ٥٥١ وما بعدها من الجزء السابع.

([2]) C. C. 79- 105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33.

كذلك فإن الحرية الفردية وما يقارنها من الحق فى التنقل جيئة وذهابا، قد تناقض حق الجماعة فى ضمان أمنها وتحقيق خيرها العام. وكلاهما حقان دستوريان([1]). وتخل حرية العامل فى تحديد أجره، بحق منظمته النقابية فى التدخل لتقرير شروط عمل أفضل لمصلحه أعضائها. وكلاهما مبدآن دستوريان يتفرع أولهما عن حق العامل فى تقرير شروط العمل الذى دخل فيه باختياره؛ وثانيهما عن الحرية النقابية([2]) وتعارض حرية التعليم، حرية الاعتقاد. وكلاهما مبدآن دستوريان([3])

([1]) C. C. 81- 127 D.C., 19- 20 janu 1981, R.p. 15.
([2]) C. C. 89- 256 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 53.
([3]) C. C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

المبحث الثاني

التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها

٢٨٨- وهذه الصور من التعارض وما يماثلها، والتى تتعلق جميعها بالحقوق التى تكفلها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق فى مضمونها الداخلى، وإن أمكن إزالتها من خلال التوفيق بين الأحكام التى تنظمها وتحديد إطار لكل منها، إلا أن بعض صور التعارض يستحيل توفيقها مع بعضها، ومن بينها التعارض المطلق بين حق العمال فى الامتناع عن العمل، وحق المرافق فى ضمان تشغيلها من قبل العاملين فيها، فلا يطرأ انقطاع على سيرها المنتظم..

وتظل الحقيقة الثابتة التى تطل دوما برأسها هى أن نصوص الدستور ووثائق إعلان الحقوق، قد تتعارض فيما بينها، وأن وثائق إعلان الحقوق ذاتها قد ينقض بعضها البعض حال تعددها؛ وأنه حتى فى نطاق الوثيقة الواحدة، فإن أحكامها قد لا تتوافق فى مضمونها. وقد يفتقر بعضها إلى التحديد، فلا تكون معانيها قاطعة جلية.

ويظهر ذلك بوجه خاص فى المبادئ التى تقوم عليها الوثيقة الدستورية. ذلك أن عموم عباراتها يغاير بينها وبين القواعد القانونية التى يحيط التفصيل الدقيق بأحكامها. ويظل واضحا أن ما هو جلى من نصوص الوثيقة الواحدة، لا يمثل كثرتها. فما تنص عليه المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسى من أن القانون لا يجوز أن يقرر عقوبة جنائية ما لم تفرضها الضرورة الظاهرة المتناهية فى شدتها Strictement et evidément mécessaires، يتسم بالغموض، إذ لا تبين هذه المادة حقيقة المقصود بالعقوبة التى يجوز فرضها. وحق العمال فى الإضراب عن العمل، وإن كان واضحا فى معناه، إلا أن حرية تداول الأفكار والآراء تفتقر إلى التحديد. فهل تتوجه هذه الحرية إلى من يروجون هذه الآراء أو إلى من يتلقونها؟!! وهل حرية وسائل الإعلام هى حرية تملكها، أم حرية الاتصال بها والنفاذ إليها.

وتظل كافة النصوص ذات القيمة الدستورية -وأيا كان قدر وضوحها- مصدر الرقابة القضائية على الدستورية ومرجعها، سواء فى ذلك تلك التى تتعلق بضرورة العقوبة[1] أو بتأمين الأفراد فى أشخاصهم وأموالهم وصحتهم[2]؛ أو بحرية تدفق الآراء والأفكار من روافدها

---

(1) C.C. 81- 127 D.C., 20 janv. 1981. R.p. 15.
(2) C.C. 80- 117 D.C., 22 juil. 1980. R.p. 42.

المختلفة([1]) أو بالحق فى الحصول على عمل([2]). كذلك فان غموض الوثيقة الواحدة أو الوثـــائق المتعددة فى بعض أحكامها، أو حتى تناقضها فيما بينها، وإن كان حقيقة قائمة لا يجـــوز غـض البصر عنها، إلا أن غموضها أو تعارضها لا يجوز أن يكون مدخلا إلى تماحيها، ولا أن يـؤول إلى تهاترها فيما بينها.

فما غمض من نصوصها لا يجوز استبعاده. وليس لنصوصها الجلية قيمة أكبر من سـواها. والتوفيق بين أجزائها حال تعارضها من الأغراض التى تقوم عليها جهة الرقابة القضائية علـــى الدستورية. وهى تقيم صلة منطقية بين الحقوق السياسية والحقـوق الاقتصاديـة والاجتماعيـة، وترفض تقرير أولوية لبعضها على بعض. ذلك أن الحقوق التى تكفلها الوثائق الدستورية -وأيـا كانت دوافعها أو الفلسفة التى تقوم عليها- لا تتدرج فيما بينـــها، ولا يجـوز ترتيبـها بصـورة متصاعدة على ضوء أهميتها العملية، حتى لو كان بعض هذه الوثائق مكملا بعضها الآخر. ذلـك أن تكملتها لها تفيد سد الفراغ فيها، وتدل على تضامم تلك الوثائق بما يكفل مساندة بعضها لبعض، ومعاملتها عن قدم المساواة الكاملة.

٢٨٩- <u>وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها([3]):</u>

<<من المقرر أن حقوق الإنسان وحرياته التى كفلها الدستور لا تتدرج فيما بينـــها ليعلـو بعضها على بعض. بل يتعين النظر إليها بوصفها قيما عليا تنتظم حقوقا لا تنقسم، فـــلا يجـوز تجزئتها، بل يكون ضمانها فى مجموع عناصرها ومكوناتها، لازما لتطوير الدول لمجتمعاتها وفق قواعد القانون الدولى العام، التى تشكل فى التطور الراهن لهذه الحقوق، كثيرا من ملامحها.

ولئن جاز القول بأن لبعض هذه الحقوق -كتلك التى تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسـان، وألا تفرض عليه عقوبة يكون تطبيقها رجعيا، أو مهينا، أو كاشفا عـن قسـوتها، ولا أن يكـون مسخرا لغيره أو مسترقا- خصائص تكفل ضمانها فى كل الظروف، فلا يجوز تجريد أحـد مـن محتواها، أو إرهاقها بقيود تنال منها، وأنها بصفتها هذه تعتبر مفترضا أوليا لقيام غيرهـا مـن

([1]) C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1982. R.p. 48.
([2]) C.C. 81- 134 D.C., 5 janv. 1982. R.p. 15.
([3]) القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٤/٦- قاعدة رقم ٣٣ -ص ٥٦٦ - ٥٦٧ مـن الجزء السابع من أحكامها.

الحقوق، بل ولممارستها فى إطار ملائم؛ إلا أن حقوق الإنسان جميعها، لا يجوز عزلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجوده وآدميته. بل يتعين أن تتوافق وتتناغم فيما بينها، لتتكامل بها الشخصية الإنسانية فى أكثر توجهاتها عمقا ونبلا.

يؤيد ذلك أن إنهاء التمييز على أساس من العنصر أو الجنس أو العرق أو العقيدة، يمكن أن يؤثر بصورة جوهرية فيما تقرره الدولة لمواطنيها من التدابير الاقتصادية والاجتماعية التى تعيد بها بناء القوة السياسية وتوجيهها. كذلك فإن صون حرية التعبير والاجتماع للمواطنين، يعتبر عازلا ضد جنوح السلطة وانحرافها، وضمانا لفرص أفضل لتطوير مجتمعهم ليكون مدنيا نابضا بالحياة>>.

المبحث الثالث
تعاون الوثائق الدستورية لا تناحرها

٢٩٠- وفضلا عما تقدم ليس للوثائق الدستورية الألحق فى صدورها Lex posterior قيمة أكبر من تلك السابقة عليها. فليس ثمة حقوق قديمة وأخرى حديثة بما يقدم أحدثها على أقدمها، وليس ثمة حقوق تقتضيها الأوضاع المعاصرة Droits nécssaires à notre temps، تكون أعلى قدرا من الحقوق التى كفلتها وثائق ماضية Droits de caractere dépassé.

وليس أدل على ذلك من الرجوع إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التى تحيل إلى كل من إعلان ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦، وتجعلهما جزءا من الدستور القائم بما يؤكد انطواءهما على قيم لا يجوز التخلى عنها مفاهيم معاصرة، ويفيد تساويهما فى القوة والأثر بعد اقتراع الجماهير عليها معا فى استفتاء ١٩٥٨/٩/٢٨. كذلك فان التمييز بين الحقوق على أساس أهميتها يفيد بالضرورة ترتيبها فيما بينها وفق معايير شخصية تفتقر إلى الدعائم التى ترجحها.

ويتعين بالتالى النظر إلى الحقوق التى تدرجها الوثائق الدستورية فى صلبها، لا على أساس أن بعضها أكثر دستورية من غيرها Plus constitutionnel qu` d` autres، ولا على أنها تتفرق ولا تتكامل؛ ولا على أن بعضها لا يعتبر مضافا إلى غيره، أو محددا محتواه؛ ولا أكثر أهمية من سواه.

وإذا كان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تفاضل بين هذه الحقوق، فليس ذلك بالنظر إلى ترتيبها وعلو بعضها على بعض، أو اتساع دائرة تطبيقها أو حصرها. وإنما بقصد اختيار القاعدة الأقرب لحل النزاع، والأكثر اتصالا بأبعاده.

ويقتضيها ذلك أن تجيل بصرها فى كل حالة على حدة، وأن تقدم أصوب الحلول التى ترتئيها من خلال عملية انتقائية تجريها فيما بين القواعد المختلفة ذات القيمة الدستورية، والتى تتزاحم فيما بينها على حكم العلائق القانونية التى يطرحها النزاع المعروض عليها، فلا ترجح من بينها غير أكثرها ملاءمة لها. وليس ذلك إلا تحكيما يقدم القاعدة الأقرب لحل النزاع على سواها. وفى إطار هذه الدائرة تباشر الجهة القضائية رقابتها على الشرعية الدستورية.

ولئن كان يجوز لهذه الجهة أن تفاضل دستوريا بين الحقوق التى تكفلها الدساتير، وغيرها من الوثائق التى لها حكمها؛ إلا أن من الفقهاء من يقول بجواز أن تغاير الجهة القضائية فى نطاق الحماية التى تكفلها للحقوق، بالنظر إلى مضمون كل حق منها([1]).

بيد أن وجهة لنظر هذه ينفيها أن القائلين بها غير متفقين فيما بينهم على قائمة الحقوق التى تقتضى حماية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية، وحرية التعبير وحرية الصحافة، وحرية العقيدة، على سواها([2]).

ويركز آخرون على حرية التعبير والعقيدة والحق فى الاجتماع وحرية التعليم([3]). ومنهم من يعطى أولوية فى الحماية لحقوق الإنسان جميعها، كالحق فى الحرية، وفى الأمن، والملكية والتمرد على الطغيان([4]). واختلافهم على هذا النحو فى قائمة الحقوق الأجدر بالحماية الدستورية، يؤكد الطبيعة الشخصية لاجتهاداتهم، وأن مآلها إلى التمييز بين الحقوق، وإلى تصنيفها على ضوء أهميتها، بما يفيد ترتيبها وتدرجها. وهو أمر غير مقبول بالنظر إلى تكافؤ الحقوق جميعها، وتساويها فى مدارجها، لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى التعددية التى يعطيها المجلس الدستورى الفرنسى قيمة مطلقة كأحد شروط الديموقراطية([5]). Le respect du pluralisime est une des conditions de la démocratie أو هى أساسها([6]) le fondement de la démocratie.

وفيما عدا التعددية، ليس ثمة حرية أو حق أو مبدأ من طبيعة مطلقة، وإنما يجوز تقييدم.

([1]) Dominique Rousseau, Droit du contenieux constitutionnel, 4 e édition, p. 114.

([2]) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, E. D. C. F. 1988, no 40, p. 181.

([3]) Louis Favoreu, les libertés protegées par le consiel constitutionnel, in conseil constitutionnel, Cours Européenne des droits de l' homme, p. 33.

([4]) Domonique Turpin, contentieux constitutionnel, P.U. F., droit fondamental, 1986, p. 86.

([5]) C. C. 82- 141 D. C., 27 juil 1982, R. p. 48; C. C. 84- 181 D. C., 10- 11 Octo. 1984, R.P. 28.

([6]) C. C. 86- 217 D. C., 18 sep. 1986, R.p. 141; C. C. 89- 271, D. C.,11 janv. 1990, R.P.21.

فالحائزون لأسهم يملكونها، يجوز تقييد حريتهم في النزول عنها([1]) كذلك فإن حرية تكوين المشروع الخاص، يجوز تقييدها وفق مقتضيات الصالح العام([2]) ويجوز كذلك فرض قيود على الإعلان عن الطباق والكحول والدعاية لترويجها، وذلك بالنظر إلى إخلال التعامل فيها بصحة المواطنين([3]).

كذلك يجوز تقييد الحرية الشخصية وحرية الانتقال لحماية أغراض ذات قيمة دستورية يقتضيها المصلحة العامة([4]). وحرية التعليم يجوز تقييدها كذلك من خلال تدخل الدولة وإشرافها على تعيين المعلمين بالنظر إلى المعونة المالية التي تقدمها إلى المعاهد التعليمية ([5])، ودون إخلال بحرية العقيدة التي يؤمن المعلمون بها([6]).

وتوفق جهة الرقابة القضائية على الدستورية بين حق المرافق العامة في ضمان سيرها المنتظم؛ وبين حق العمال في الإضراب([7])، ثم بين هذا الحق وحماية الأموال؛ وتعمل هذه الجهة كذلك كحكم في مجال التوفيق بين الحرية الشخصية في تحديد الأجر؛ وبين حرية التفاوض حول مقداره بصورة جماعية.

وفي كل هذه الفروض تقبل الحقوق جميعها -وفيما عدا الحق في التعددية – تقييدها بما لا يخل بجوهرها. وتعتبر هذه القيود إطار مباشرتها، ومن أوصافها التي لا تنفصل عنها، والتي لا شأن لها بتدرجها أو بترتيبها فيما بينها.

كذلك فإن المبدأ الواحد ذا الطبيعة الدستورية، يجوز أن يقيد بصور مختلفة، على ضوء أوضاع متغايرة. ولا يجوز بالتالي تقسيم الحقوق إلى حقوق يجوز تقييدها بدرجة أكبر، وإلى حقوق يجوز أن تكون القيود عليها أقل؛ ولا أن ينظر إلى الحقوق حال سكونها لتحديد نطاق القيود على الحقوق التي يجوز فرضها عليها.

([1]) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989,R. P. 41.

([2]) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil , 1989,R. P. 41.

([3])C. C. 90- 283 D.C.,8 Janv.1991,R.P.11.

([4]) C.C. 85- 187 D.C.., 25 janv. 1985, R.p. 43.

([5]) C.C. 84- 185 D.C.., 18 janv. 1985, R.p. 36.

([6])C.C. 77- 87 D.C.., 23 nov. 1977, R.p. 42.

([7]) C.C. 89- 257 D.C.., 25 juil. 1989, R.p. 59.

وإنما الحقوق فى حركتها وفى إطار الأوضاع التى تقارن مباشرتها، هى ضوابط تنظيمها.

فالقيود التى فرضها المشرع على الإعلان عن الطباق والكحول، وإن كان لا نـــزاع فـــى مساسها بالحق فى الملكية وبحرية تكوين المشروع الخاص؛ إلا أن تلك القيود يبررها أن ضمـــان صحة المواطنين، يعتبر بلا نزاع مبدأ دستوريا([1]).

كذلك فإن حرية تبادل الآراء والأفكار، وإن كان الدستور يصونها، ويرفض بالتالى تعليـــق إصدار الصحافة المقروءة على ترخيص سابق؛ إلا أن هذا الترخيص يكون مطلوبا كقيد على هذه الحرية ذاتها كلما تعلق الأمر بصون القيم الخلقية التى قد تخل بـــها وســـائل الإعـــلام الســـمعية والبصرية([2]).

وينافى حرية تكوين الجمعية، تعليق إنشائها على ترخيص سابق، مـــا لـــم تكـــن الجمعيـــة أجنبية([3]).

وتتفاوت القيود التى يجوز فرضها على الحق فى الإضراب، على ضوء أهميـــة المرفـــق العام، فتكون هذه القيود أكبر فى المرافق التى تعمل بالطاقة النووية أو تحفظها، وأقل حـــدة فـــى مرافق الراديو والتليفزيون.

ويبطل بالتالى كل تعميم للقيود التى يجوز فرضها على المرافق العامة، والتي لا يعتد فـــى تحديد نطاقها، لا بأهمية المرفق، ولا بحجم الأضرار التى تلحق المنتفعين به من جراء توقفه عـــن العمل([3]).

وهذا التوازن بين الحقوق حال حركتها، والقيود التى يجوز فرضها عليـــها فـــى أوضـــاع تلابسها؛ مؤداه ضرورة النظر إلى هذه الحقوق وقت انتقالها من صيغها المجردة إلـــى تطبيقاتـــها العملية، وأن تقدر جهة الرقابة القضائية بالتالى كل حالة على حدة على ضوء ظروفها، وبمراعـــاة أن المبدأ الواحد قد تتغاير قيوده على ضوء أوضاع تطبيقه.

([1]) C.C. 90- 283 D.C.., 8 janv. 1991, R.p. 11.
([2]) C.C. 86 – 217 D.C.., 18 Sep. 1986, R.p. 141.
([3]) C.C. 71 – 44 D.C.., 16 juil. 1971, R.p. 29.
([3]) C.C. 80 – 117 D.C.., 22 juil. 1980, R.p. 42; C.C. 79 – 105 D.C.., 25 juil. 1979, R.p. 33; C.C. 87 – 230 D.C.., 28 juil. 1987, R.p. 48.

بيد أن هذا التقدير، وإن كان شخصيا تتولاه جهة الرقابة بنفسها ووفق معاييرها؛ إلا أن شخصية التقدير لا تعنى التحكم، ولا تفضى بالضرورة إلى سلطة مطلقة.

وإنما تعمل الجهة القضائية للرقابة فى إطار علاقة منطقية بين الحقوق ومتطلباتها من جهة بما يكفل فعالية ممارستها؛ وبين محيط عام يتصل بأوضاع مباشرة هذه الحقوق من جهة أخرى، ولا يعزلها بالتالى عن بلدها، ولا عن سلطاتها، وأحزابها، وفقهائها، وآراء مواطنيها؛ ولا عن الحدود الأوسع لمجتمعها. ذلك أن المحيط العام من حولها يضبط حركتها، ويفرض عليها موضوعية التقييم للقيود التى يجوز فرضها، وتلك التى يتعين رفضها.

وهى تفصل فى دستورية النصوص القانونية المطعون عليها آخذة فى اعتبارها عوامل شتى تختلف أهميتها على ضوء خصائص الحالة المعروضة عليها، من بينها درجة قوة الحجج التى طرحها الناقدون لهذه النصوص والمدافعون عنها، ودوافعهم السياسية. فضلا عن الأوضاع السياسية بوجه عام، وكذلك تلك التى تحيط بوجه خاص بالخصومة الماثلة أمامها، وطبيعة المسائل التى تتناولها ودرجة تعقدها، وردود الفعل التى تقارن الحكم الصادر فيها، وأثره على تطور مجتمعها، وضوابط القيم التى ينبغى أن يكفلها.

وعليها أن تستلهم فى ذلك أقوال الفقهاء، والقضاء المقارن، وبما لا يخل بالترابط المنطقى بين هذا الحكم وأحكامها السابقة، لتعمل جميعها فى إطار منظومة واحدة تتصل فيها الحقوق التى تؤكدها ببعض، فلا تتنافر أوجه حمايتها.

وهذه العوامل المختلفة هى التى تفرض ضغوطها على جهة الرقابة القضائية، فلا تكون أحكامها غير تفاعل معها. وهى تطور مفاهيمها القضائية كى تكفل لمجتمعها السير فى اتجاه التقدم La marche vers le progrès، ولو تم ذلك بخطى وئيدة([1]).

([1]) Jacques Robert, le Conseil constitutionnel en question, le Monde 8 dec. 1981.

الفصل الخامس عشر
الرقابة القضائية على الدستورية
في حدودها الداخلية والخارجية

٢٩١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من خضوع النصوص القانونية لفرائض الدستور فى متطلباتها الشكلية والموضوعية، يقابل ما يقرره القضاء المقارن من الفصل فى دستورية النصوص القانونية، سواء من جهة حدودها الخارجية التى تبلور ضوابطها الشكلية؛ أم من زاوية حدودها الداخلية التى تتعلق بمدى اتفاق مادة القانون أو محتواه ومضامين الدستور.

المبحث الأول
مناط الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية
Le contrôle de la constitutionalité externe

٢٩٢- يقصد بالحدود الخارجية للنصوص القانونية، أن تصدر السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية تشريعا بالمخالفة للقيود الشكلية التى تطلبها الدستور فيه. وأكثر ما يتحقق ذلك فى الأحوال التى لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بحدود ولايتها، سواء بطريقة إيجابية أو سلبية. فيكون عدم اختصاصها إيجابيا L'incompetence positive إذا أقرت قانونا عاديا فى مسائل قصر الدستور تنظيمها كلها أو بعضها على القوانين العضوية([1]) فى الدول التى تفرق بين هذين النوعين من القوانين. وكذلك إذا أقرت قانونا فى المسائل التى احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية.

وقد يكون عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبيا يتحقق بتخليها عن مباشرة اختصاص يدخل ولايتها([2]). كأن تعهد إلى سلطة محلية بفرض ضريبة لا تدخل فى اختصاصها، أو تكل إليها أمر تحديد وعائها أو سعرها أو تاريخ بدء سريانها؛ أو تحيل إلى منظمة وطنية أمر تحديد القواعد التى يتحول بها القطاع العام إلى قطاع خاص، أو تقرير القواعد التى تقيد من احتكار وسائل الاتصال، وبوجه خاص تلك التى تكفل التعددية الصحفية([3]).

([1]) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.
([2]) C.C. 81- 123 D.C., 17 Jan. 1982, R.p. 18.
([3])C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

فالتفويض فى هذه الصور جميعها يفيد تخلى السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها فى الوقت الذى لا يدعوها الدستور فقط إلى تولى مهامها؛ وإنما يكلفها كذلك بالنهوض بها، ويحملها على أن تقرر كافة القواعد الرئيسية التى تدخل فى اختصاصها، حتى لا تترك للجهة التى فوضتها -إدارية كانت أم غيرها- سلطة تقديرية عريضة.

ذلك أن القانون، وكلما أحاط بالقواعد الرئيسية التى يقوم عليها، كان حائلا دون إخلال آخرين بولاية السلطة التشريعية التى تتدخل جهة الرقابة على الدستورية فى هذه الفروض لصون حدودها، حتى لا يكون تخليها عن بعض مظاهر ولايتها، نكولا سلبيا عن مباشرتها؛ مثلما يعتبر خروجها عن حدود هذه الولاية، تعديا إيجابيا على سلطة تملكها غيرها.

ويستنهض تخلى السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة. بل إن جهة الرقابة على الدستورية، تظهر فى مواجهة هذا التخلى، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، الحريصة على أن تكون تشريعاتها وافية فى مبادئها وقواعدها، بما يكفل تحقيق أهدافها.

وكلما كان التفويض الصادر عن السلطة التشريعية مرنا غير قاطعة حدوده، فإن الجهة التى فوضتها فى اختصاصها، تتحول إلى سلطة نهائية للتقرير، فلا تكون سلطة مقيدة، بل مطلقة.

ولأن تخلى السلطة التشريعية عن ولايتها، يعود إلى تسلبها من مباشرتها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تتردد فى أن تواجهه من تلقاء نفسها D'office، إذا لم يكن الطاعن قد فطن إلى هذا العوار، أو كان لم يعبأ به([1]).

على أن المطاعن الشكلية التى تعتور النصوص القانونية، لا تقتصر على اقتحامها ولاية اختص الدستور غيرها بها، ولكنها تشمل كذلك كل خلل إجرائى فى النصوص القانونية، إذا كان الدستور قد حظر الوقوع فيه. ذلك أن مثل هذا الخلل -أيا كان قدره أو أثره على عملية إقرار القانون- مؤداه بطلان النصوص القانونية التى تعلق كل خلل إجرائى فى النصوص القانونية، مؤداه بطلانها، أيا كان قدر هذا الخلل، أو أثره على عملية إقرار القانون.

([1]) C.C. 83 - 165 D.C., 20 janv. 1984. R.p. 38.

ويعتبر خللا إجرائيا يبطل القانون بوجه خاص، حرمان أعضاء السلطة التشريعية أو بعضهم من حقهم فى التعبير عن آرائهم فيه، أو الخوض فى بعض جوانبه، أو من الحصول على أية معلومة يرونها لازمة لتقييم النصوص التى تضمنها. ذلك أن الأوضاع الشكلية التى يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية، من قوالبها؛ لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيانها أصلا فى غيبتها، لتفقد بتخلفها سماتها كقواعد قانونية يحمل المخاطبون بها على النزول عليها(١) وتتوافر المخالفة الشكلية كذلك لنصوص الدستور، إذا لم تلتزم السلطة التشريعية بالقواعد الإجرائية التى أحاط بها الدستور إقرار القانون. ومن ذلك التفاتها عن الحصول على رأى الجهة التى عينها الدستور لاستطلاع وجهة نظرها فى مشروع القانون قبل الاقتراع عليه(٢).

ولا تتردد جهة الرقابة فى أن تتحقق من تلقاء نفسها، من كل مخالفة إجرائية تنجم عن إهمال القواعد الشكلية التى تطلبها الدستور(٣).

ولقد بسط المجلس الدستورى الفرنسى رقابته فى هذا الشأن، ليس فقط بالنسبة إلى الأراء الاستشارية التى يتطلبها الدستور، بل كذلك بالنسبة إلى ما يكون من هذه الآراء متصلا وجوبا بموضوع القانون، ولو لم يتطلبها الدستور(٤).

<u>وهو ما أراه محل نظر</u>. ذلك أن مجرد توافر صلة -أيا كان عمقها- بين موضوع القانون المطروح على البرلمان لإقراره، وبين جهة ينظم هذا القانون نشاطها، لا يعتبر كافيا لإيجاب أخذ رأيها فيه. وإنما يتعين أن يكون نص الدستور مقتضيا هذا الوجوب.

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنه ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٩/٢ - -ص ٥٣-٥٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. وعملا بنص المادة ١٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية، يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا فى القوانين المكملة للدستور. فإذا لم يستطلع مجلس الشعب وجهة نظر مجلس الشورى فى شأن هذه القوانين قبل إقرارها، كان البطلان جزاء تخلف هذه الشكلية التى أوجبها الدستور. وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنه ٨ قضائية - قاعدة رقم ٢٢/ ١،٢،٣،٤،٥، ص٢٦٣ -٢٩٧ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(2) C.C. 80– 122 D.C., 22juil, 1980, R.p. 49; C.C. 81- 131 D.C.. 16 Déc.1981. R.p.39.

(3) C.C. 81 – 129 D.C., 30- 31 Oct. 1981, R.p. 35.

(4) C.C. 77 – 83 D.C.. 20 Juil. 1977, R.p. 39.

ويتعين دوما أن تدير السلطة التشريعية مناقشاتها فى شأن مشروع القانون وفقا للأوضاع الإجرائية التى يقتضيها الدستور. فلا تقر السلطة التشريعية أجزاء ميزانية الدولة المتعلقة بنفقاتها، قبل اعتمادها لمواردها([1]).

([1]) C.C. 79 – 110 D.C., 24 Dec. 1979, R.p. 36.

المبحث الثاني
الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية

٢٩٣- يقصد بالحدود الداخلية للقانون -بوجه عام- تلك التى تناقض فيها مادة القانون، الدستور فى محتواه. ومن ثم يتعلق هذا العوار بالتكوين الداخلى للنصوص المطعون عليها.
Le contrôle de la constitutionnalité interne.

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحرياته التى كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعنى الحرفى لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك فى إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفا للدستور فى محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة فى الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ فى تقدير الأوضاع الظرفية التى قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التى افترض الدستور أن يعمل المشرع على تحقيقها، فإن القانون يعتبر مخالفا كذلك -فى حدوده الداخلية- للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته انحرافا عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا -والمحكمة الدستورية العليا من بعدها- يجيز الطعن فى النصوص القانونية لمجاوزة السلطة[1] le détournemement de pouvoir؛ إلا أن كثيرين

---

[1] يبين من قضاء المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائيى-دستورية الصادر عنها بجلستها المعقودة فى ١٩٧٥/٦/٧ [نشر هذا الحكم فى ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة فى الدعاوى الدستورية] أن المدعى فى الدعوى المذكورة نعى على القانون المطعون فيه صدوره مشوبا بعيب الانحراف وعدم استهدافه الصالح العام. وقد رفضت المحكمة هذا الوجه من النعى، لا لأنه غير جائز- بل لعدم توافر الدليل عليه. كذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بحكمها فى القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة فى ١٩٩٨/٣/٧ [نشر هذا الحكم فى ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها] بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض فى عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا، وعيبا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه واشيا بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالى وراء سلطتها فى تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها.

يعارضون فى ذلك قولا منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها فى حقيقتها خوض فى النوايا الداخلية لأعضاء السلطة التشريعية التى يتعذر رصدها، ولا تقديم الدليل على تواطئهم فى مجموعهم على مجاوزة حدود المصلحة التى افترضها الدستور فى العملية التشريعية.

فضلا عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تنحل فى واقعها إلى نوع من التقييم الخلقى لهؤلاء الأعضاء، وتصنفهم كأشخاص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفعلون، وأنهم ينقلبون عليها قصدا، ويعمدون إلى الأضرار بها التواء، وينفرون بوجوهم منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيبها أن المحكمة الدستورية العليا -وفى مجال تقصيها لعوار مجاوزة السلطة انحرافا عليها- لن تخوض فى النوايا التى أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أقروه من القوانين؛ ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تدل عليها، مثلما هو الحال فى القانون الخاص.

ذلك أن التمييز فى نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال تعمل فيه، وإن خفاء الإرادة الباطنة لتعلقها بالنوايا الكامنة التى لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التدليل عليها بالمظاهر الخارجية التى تشى بها.

ولا يتصور بالتالى أن تستخلص المحكمة الدستورية العليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا، عن طريق تحليل أعماق نفوسهم. ذلك أن النصوص القانونية التى أقروها قد تبدو محايدة فى مظهرها. ويتعين بالتالى على من يدعى مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن يدلل على انحرافها من خلال مظاهر خارجية تفصح بذاتها عن تنكبها المصلحة العامة التى يفترض أن تتغياها.

فلا يكون الدليل على انحرافها مباشرا، بل غير مباشر يقوم على القرائن المتضافرة. ومن ذلك مضابط مناقشاتها؛ والأعمال التحضيرية للقانون؛ والأوضاع الظرفية التى انبثق عنها؛ والرغبة الجامحة فى إقراره بغير حوار حول مضمونه؛ وقبوله فورا بالصورة التى عرض بها؛ ومفاجأة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوافر لها فرص بحثه؛ ونظر هذا المشروع على

وجه الاستعجال دون ما ضرورة؛ والتأثير على المعارضين لمشروع القانون -بالأغواء أو التهديد- لمنعهم من وقفة أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتساندة التى تدل على أن السلطة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية فى قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شئون الصحافة من زواياها المختلفة، فإذا ظهر من استقراء أحكامه، أن ما توخاه هو تصفية الجرائد التى تعارض الدولة وتوجه لها نقدا قاسيا، فإن هذا القانون لا يكون فقط مخالفا للدستور فى محتواه بالنظر إلى خروجه على التعددية فى الصحافة التى يكفلها تنوع أدواتها، ويقوضها تقليص دائرة ترويجها، وإنما كذلك متضمنا انحرافا فى استعمال السلطة لتوخيه التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تدفقها ويكفل تصفية بعضها.

٢٩٤- وفضلا عما تقدم، يعتبر القانون -فى حدوده الداخلية- مخالفا للدستور فى محتواه، ولو كان إقراره ناجما عن خطأ السلطة التشريعية فى فهم الدستور أو فى تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويتحقق قضاة الشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية. وهى عملية تتم على مرحلتين: أولاهما تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها. وثانيتهما تحليل حقيقة القانون المطعون عليه فى صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء القضاة أن نصوص ذلك القانون يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتعين بالتالى دمغها بالبطلان وتجريدها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المنطقى للنصوص التى احتواها، ولو أضافوا إليها معانى غير التى يدل ظاهرها عليها.

ولا يعنى ذلك أن لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن توجه المشرع إلى الشروط التى يكون بها القانون موافقا للدستور. بل حسبها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لا أن تبدل منها، أو تدخل أوصافا عليها تقربها من الدستور

ذلك أن التفسير الحق لنصوص القانون -في تقابلها أو تعارضها مع الدستور- هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ التفسير ذريعة إلى تكملة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها؛ ولا إلى تعديل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو المخاطبين بها؛ ولا إلى تحوير آثارها.

وإنما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أقرها المشرع، والتي حدد على ضوئها مقاصده منها، فلا تحرفها جهة الرقابة لتوفقها مع الدستور، وليس لها أن تعيد كتابتها؛ ولا أن تعدل فيها، ولو كان هذا التعديل جزئيا.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايدا من النصوص القانونية المطعون عليها. فلا تصححها بما يحور معانيها؛ أو بما ينحل لها مفاهيم تناقض حقيقتها، خاصة وأن قضاة الشرعية الدستورية ينتمون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تختلط بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها.وعليها بالتالى ألا تفسر إرادتها بما يشوهها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد استصفائها وقوفا عليها.

وإنقاذها القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها. بل عليها أن تبطل أحكامه التى تظهر فيها المخالفة الدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأن حكمها، تقوية الجبهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تعلق حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استيفاء هذا القانون لشروط تتطلبها، وإن ساغ لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التى تقرها السلطة التشريعية مستقبلا بما يكفل تحقيق تعاون بينهما فى عملية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التى يتولاها كل منهما أصلا فى حدود ولايته.

المبحث الثالث
نظرية الخطأ الظاهر
L`erreur Manifeste

٢٩٥- الأصل فى السلطة التقديرية التى يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالى أن تستعيض عن إرادة المشرع فى التقدير بإرادتها هى؛ ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التى يستهدفها مما يختص به[1].

بيد أن السلطة التقديرية التى يملكها المشرع؛ لا تناقض حقيقة أن للقوانين التى يقرها، أهدافا تتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها فى تحقيقها. ويباشر قضاة الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معا.

فالأغراض التى يستهدفها القانون قد تناقض حكما فى الدستور. والوسائل التى يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هى النصوص القانونية التى يقرها. فإذا اختل تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التى تتوخاها، كان القانون مخالفا للدستور.

وتلك هى نظرية الخطأ الظاهر التى تتناول جوهر السلطة التقديرية التى يباشرها المشرع وتتعمق دخائلها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التى حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقية أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر. ذلك أنها تعيد النظر فى تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتفصل فى ملاءمة النصوص التى احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم. ذلك أن ما يراه البعض ملائما، قد لا يكون كذلك فى نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة

---

(1) C. C.74-54 D,C., 15 janv. 1975, R.p. 19; C.C. 84- 179.D.C.,19- 20 juil 1983, R.p. 49.

القضائية من خطأ ظاهر فى تقدير النصوص القانونية الملائمة لتحقيق الأغراض التى تستهدفها؛ قد لا يكون كذلك فى تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر فى التقدير، غير خطأ تفقد به النصوص القانونية المطعون عليها تناسبها مع الأغراض التى تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقيا. كأن تفقد العقوبة التى فرضها المشرع تناسبها مع الجريمة التى تتعلق بها([1]). وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة فى تصوره تماثل المراكز القانونية التى نظمها([2]).

ويفصل قضاة الشرعية الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد سن التقاعد فى أعمال مختلفة بما يجاوز الخطأ الهين فى التقدير([3])؛ وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر([4])؛ وما إذا كانت الغرامة المالية التى فرضها على العاملين فى البنوك الذين يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد المودعين، والتى يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعتبر جزاء ملائما([5]).

وينبغى أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر فى تقدير النصوص القانونية الملائمة، L` erreur manifeste يقوم على ذات الأساس الذى تبطل به النصوص القانونية التى تفقد تناسبها مع الأغراض التى تتوخاها Disproportion manifeste.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر فى تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. والمشرع فى هذا المقام يوازن بين بدائل، ويقدر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التى يرجوها منها. فإذا أخل بصورة جسيمة Attentes excessives -ومن خلال اجتهاده- بأحد الفرائض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون([6]).

([1]) C. C. 84- 176D.C., 25 juil. 1984, R.p. 55.
([2]) C. C. 83- 164 D.C., 22 déc. 1983, R.p. 67.
([3]) C. C. 84- 179 D.C., 12 sep. 1984, R.p. 73.
([4])C. C. 85- 196 D.C., 8 osut. 1985, R.p. 63.
([5]) C.C. 87- 237 D.C., 30 dec., 1987, R.p. 63.
([6]) C. C. 89- 254 D.C.. 2 juil. 1989, R.p. 41.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتدخل بنفسها فى العملية العقلية التى يجريها المشرع، لتفصل فيما إذا كان تقديره ظاهر الخطأ، أم أن خطأه فى التقدير، محدود الأهمية، ويغتفر بالتالى([1]).

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، قلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التى يستهدفها تظاهرها الشرعية الدستورية فى أكثر أحوالها، كتلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة؛ وبتعددية المعلومات التى تنقلها وسائل الإعلام؛ وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين؛ وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية؛ إلا أن الوسائل التى اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التى يبتغيها، هى التى تتعلق بها الرقابة القضائية فى أكثر تطبيقاتها.

وتباشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقلية التى تجريها، بقصد التحقق من ملاءمة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقليتين تقوم السلطة التشريعية بأولاهما، لتراجعها الجهة القضائية فى تقديرها. ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل اجتهاد المشرع باجتهادها. فإذا تبين لها أن النصوص القانونية التى أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكتفى بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التى ينبغى أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية فى ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر فى تلك النصوص التى أبطلتها الجهة القضائية([2]).

ومن ثم تبدو نظرية الخطأ الظاهر، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضمانا للحقوق الدستورية، وأكفلها لتحقيق المصلحة التى تتوخاها النصوص القانونية التى أقرها. وهو حوار لا يتم فى الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها -ومن

([1]) وشبيه بذلك الرقابة التى تفرضها محكمة النقض على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما تقوله هذه المحكمة من أنها لا تراقب تحصيل قاضى الموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره فى ذلك سائغا. وهى بذلك تعيد النظر فى العملية العقلية التى يقوم بها قاضى الموضوع وتستأنف تقييمها، فكأنها تراقب كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستمدا من أصول تنتجه وتفضى إليه عقلا.

([2]) C. C. 93- 326 D.C., 11 aout. 1983, R.p. 217.

بينهم وسائل الإعلام والفقهاء- حتى يكون تقييم الجهة القضائية للموضوع المطروح عليها، قريبا قدر الإمكان من حكم الدستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لتترك للمشرع سلطة التقدير كاملة فيما عداه، كالخطأ البسيط المغتفر، فلا تبطل الجهة القضائية تقسيم الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوبا بخطأ جسيم([1]).

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بغموض أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كافة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، وأيا كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك -في حقيقتها- بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائما أو ظاهر الخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الناقدين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تقحم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير L'acte de decider n'est pas détachable de l'acte d' apprécier، وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترجح اجتهادها على اجتهاده؛ وأنها تمايز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع المشرع فيها؛ وأخطاء تافهة يجوز التجاوز عنها، بما يصم أحكامها بالنزعة الشخصية المجانبة لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقدر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان واقعا في حدود الاعتدال.

فضلا عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها إبدال لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانونا إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون القانون إلا تقديرا لحدود هذه الواقعة، واختيارا للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شابهما خطأ ظاهر؛ كان ذلك استئنافا بالموازنة

([1]) C. C. 86- 218 D.C., 18 nov. 1986, R.p. 167.

والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التى تختص بتنظيم الحقوق جميعا بحكم ولايتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوروبية كفرنسا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية -وأيا كان وجه المطاعن الموجهة إليها- لها ما يقابلها في دول القانون العام التى يقرر قضاتها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، تفترض ارتباطها عقلا بأهدافها. فإذا لم تكن ثمة صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور(¹).

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك إن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انتفاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعا لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأهدافها. وهى علاقة غايتها تقييد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

٢٩٦- وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منطويا على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التى كفلها لفئة دون غيرها؛ إلا اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية -التى نظم بها المشرع موضوعا محددا- عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التى توخاها، بالوسائل إليها، منطقيا، وليس واهنا أو واهيا، بما يخل بالأسس الموضوعية التى يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا.

Clssification is inherent in Legislation in that legislators may select different persons or groups for different treatment. However. The State may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational.

(¹) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القائلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل انتقاها المشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.

وأساس ذلك، أن كل تنظيم تشريعى يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشـروعيتها إطـارا لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذا من القواعد القانونية التى تبناها سبيلا إليـها، فـإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين فى مجال تطبيقها، تحكميا([1]).

([1]) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٨/٥- قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السـابع من مجموعة أحكام المحكمة. وانظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٩/٢- قاعدة رقم ٩ -ص ١٨٢ من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسـة ١٩٩٥/٩/٢- قاعدة رقم ١٠ -ص ٢٠٤ من الجزء السابع.

الفصل السادس عشر
الرقابة القضائية على دستورية القوانين
بين توسيعها وتضييقها

المبحث الأول
مضمون الحماية الحقيقية للدستور

٢٩٧- لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقيم الجماعة وثوابتها. وحتى فيما بين هذه الدول، لم يكن ثمة اتفاق على وسائل حماية الدستور، فمنها -كبعض الدول الأوروبية- ما يفضل الوسائل السياسية على القضائية. ومنها -كالتجربة الأمريكية وبعض دول القانون العام- ما ينحاز إلى الوسائل القضائية التي تتسم بفاعليتها، ومناهضتها ادعاء السلطة التشريعية بأن ما تقره من القوانين، هو تعبير منها عن السيادة الشعبية التى لا يجوز لهيئة قضائية أن تناقشها فى كيفية مباشرتها لها؛ وبأن موقفها من الدستور يجعلها الحارس الأعلى لأحكامه.

ولم يكن هذا التباين في وسائل حماية الدستور، إلا ثمرة تطور تاريخي لا يعنينا أن نتعقبه، حتى وإن صح القول بأن فكرة الرقابة على الدستورية كان لها جذورها في انجلترا إبان القرن السادس عشر. ذلك أن الحكم الصادر في قضية واحدة، وإن جاز اعتباره سابقة قضائية؛ إلا أن كل سابقة لا تدل بذاتها على استقرار القاعدة التي أرستها، ما لم يكن قد اطرد العمل بها، على ضوء من الاقتناع بضرورة النزول عليها.

٢٩٨- وأيا كان شأن الجذور التاريخية للرقابة القضائية على الدستورية، فإن التجربة الأمريكية كان لها فضل إلهام دول كثيرة بأهميتها وحيويتها، خاصة ما تتسم به هذه التجربة من خصائص بالغة الأهمية:

أولها: أنها لا تقصر رقابة الدستورية على محكمة وحيدة تنفرد بها، ولكنها تعهد بها إلى المحاكم جميعها بما يشركها كافة فى مباشرتها.

ثانيتها: أن محل هذه الرقابة لا يقتصر على القوانين بمعنى الكلمة، وإنما يتسع ليشمل غيرها من الأعمال التي تتلون بلون السلطة Under the color of the State وتتشح بردائها.

ثالثتها: أنها رقابة عرضية لا تثار إلا في شأن خصومة قضائية قائمة يرتبط الفصل فيها بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها.

رابعتها: أن الحكم الصادر فيها لا يتعلق بغير أطرافها.

والرقابة التي نركز عليها هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سواء كان محلها قانونا قبل إصداره، أم قانونا بعد دخوله مرحلة التنفيذ. ولا شأن لنا بالتالي بالمراجعة القضائية للقرارات الإدارية الفردية، والتي تباشرها السلطة القضائية حتى في الدول التى تظلها مجموعة من القواعد الدستورية بالمعنى المادي، لا الشكلى، ولا يوجد فيها بالتالى دستور مدون جامد مثلما هو الأمر فى المملكة المتحدة.

٢٩٩- كذلك تباشر بعض الدول كإسرائيل، رقابة قضائية على الشرعية الدستورية، بغير وجود دستور Judicial review sans Constitution.

ولم تحظ الرقابة القضائية على الدستورية بدور هام أو بدور ما، في النظم السلطوية، ولا في النظم القانونية التي تتمحور حول الاشتراكية. ولكن دورها كان أكثر فاعلية في الدول التي تأثرت بالتجربة الأمريكية كالفلبين واليابان ودول أمريكا اللاتينية. ثم ظهر اتجاه آخر فى بعض من الدول الأوروبية الغربية بعد الحرب العالمية الثانية، تمثل في حلول الرقابة المركزية القضائية على الشرعية الدستورية محل الرقابة اللامركزية التى تتولاها المحاكم جميعها؛ وفي إبدال الحجية النسبية للحكم الصادر في المسائل الدستورية، بالحجية المطلقة؛ وفي رقابة مجردة لا شأن لها بمضار ألحقها القانون المطعون فيه بالمخاطبين بأحكامه.

وكان للنمسا فضل السبق فى الرقابة المركزية القضائية، وإن حذتها إيطاليا وجمهورية ألمانيا الفدرالية وقبرص وتركيا وأسبانيا والبرتغال ويوغوسلافيا وبولونيا، مما أكد انضمام الدول الأوروبية الغربية -في أغلبها- إلى هذا النوع من الرقابة على الشرعية الدستورية، لتتولى مسئوليتها. واليوم ليس ثمة نزاع حقيقى حول ضرورة هذه الرقابة أو أهميتها، أو مباشرتها عن طريق هيئة قضائية قائمة بذاتها تستقل فى مباشرة وظيفتها، عن أفرع الدولة جميعها.

وحتى في فرنسا التي لم تكن التربة فيها مهيأة للرقابة على الدستورية بالنظر إلى سطوة البرلمان ومركزه في كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة؛ فإن مجلس الدولة بها ظهر كقوة لها وزنها وحسابها تتناول الفصل في مشروعية نشاط الإدارة، وحل مشكلاتها، حتى تلك التي تقوم على أساس من الدستور. ثم حدث عام ١٩٥٨ تطور هام فى فرنسا نجم عن إنشائها مجلسا دستوريا يتولى مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، في إطار اختصاص محدود نص عليه دستور ١٩٥٨، الذى آمن واضعوه بضرورة إيلاء اعتبار خاص للبرلمان، ورفض كل أشكال الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد العمل بها([1]).

وقد انتقل نظام هذا المجلس من فرنسا إلى كثير من الدول الإفريقية الفرانكوفونية -كالمغرب وتونس والجزائر وموريتانيا وبينين- مما حدا بالبعض إلى التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي يمثل صورة ثالثة من صور الرقابة علي الدستورية تقوم إلى جوار كل من التجربة الأمريكية والمحكمة الدستورية الخاصة، القائمة فى بعض الدول الأوروبية لتباشر رقابة قمعية Repressif لا رقابة وقائية Preventif.

بيد أن النظرة التحليلية الأعمق، تدل على أن صور الرقابة على الشرعية الدستورية، يجمعها أنها رقابة قضائية تتردد بين نظامين مختلفين: هما نظام الرقابة القضائية اللامركزية فى الدول الانجلوسكسونية؛ ونظام الرقابة المركزية القائم فى بعض الدول الأوروبية؛ وأن النظامين يدوران حول نوع من المراجعة القضائية تتولاه هيئة قضائية لا تنفصل عن طريقة تكوينها، ولا عن كيفية مباشرتها لوظيفتها، ولا عن الأوضاع التى أنبتتها Les conditions de l'environnement. وذلك أيا كان التنظيم الإجرائى الخاص بها، أو قواعد اختيار قضاتها. خاصة وأن تطبيق هذه الهيئة القضائية للدستور يتم -لا بطريقة آلية- وإنما من خلال عملية خلق تفسيرية L'enterprétation créatrice يذكيها أن نصوص الدستور تتسم فى الأعم بالغموض والاتساع، ولا يتصور بالتالى تحديد مفاهيم هذه النصوص بغير ربطها بنظام القيم Systeme de valeurs التى تستخلصها الهيئة القضائية بنفسها كى تتحدد لكل قاعدة نص الدستور عليها، مضمونها الحق .Le contenu réel

---

([1]) يسمى دستور ١٩٥٨ فى فرنسا دستور الجمهورية الخامسة

ومن ثم تتحول عملية تطبيق الدستور -لا إلى صورة جامدة لا حياة فيها- بل إلى أداة خلق لقواعد جديدة، أو تطوير لقواعد قائمة بما يجعل فهم القضاة للدستور، هو الدستور Constitution de juge ويكفل صهر أحكامه فى نطاق الحقائق المتغيرة التى تعاصر تطبيقها، والتى لها من قوة تأثيرها وعمق حركتها Realités mouvantes ما يجعل معايشتها ضرورة لا مفر منها، حتى لا يكون تطبيق الدستور عقيما أو رجعيا أو نمطيا، بل واقعا فى إطار القيم الدستورية المتجددة روافدها، لتحيط بفروع القانون جميعها، وبالحياة السياسية من كل أقطارها. فلا تتوهج بؤر الصراع السياسى بما يؤذن بانفلاتها، وإنما تطفئها الهيئة القضائية من خلال الحلول القضائية التى تفرضها Juridicier la politique.

وتلك هى وظيفة الحكم بين مراكز الصراع وقواه المختلفة، تباشرها الهيئة القضائية بما لا يوقعها فى مزالق السياسة ودروبها الخطرة، وبما لا يقوض استقلالها، أو يخرج بها عن حدود ولايتها؛ لتظل الوظيفة القضائية قيدا على نشاطها. فلا تفصل فى غير خصومة قضائية، ولا فى خصومة قضائية لم تتهيأ أسبابها.

فالخصومة القضائية هى مدار ولايتها، ومدخلها. ولئن كان الفصل فيها يلزمها بأن تحيط بالأوضاع السياسية المعاصرة حتى تتفهمها، وتقدر أثرها على النصوص القانونية المطعون عليها؛ إلا أن إدراكها لهذه الأوضاع، لا يعنى الاندماج فيها لتخرج أحكامها القضائية من رحمها، وكأنها من نبتها.

ولا كذلك أن يكون للهيئة القضائية دور نشط تطرح بمقتضاه -ومن خلال الخصومة القضائية- حلا قضائيا لكل نزاع معروض عليها، أيا كان موضوع أو نطاق هذا النزاع أو من يكون طرفا فيه، ولو تلون فى صورة سياسية تشمل كل أبعاده.

وفى هذا الإطار، نشأ اقتناع عام بأهمية الرقابة القضائية على الدستورية؛ وبضرورة أن يتوافر للهيئة التى تتولاها مركز خاص يكسبها قوة فى مواجهة نظم الدولة وسلطاتها المختلفة التى كثيرا ما تلجأ إلى المناورة، والى الخداع أحيانا لإيهام المواطنين بأنها تعمل لصالحهم.

فلا تكون امتيازاتها قرين مسئوليتها قبل مواطنيها، ولا تعبيرا عن وسائلها لتحقيق الخير العام لشعبها. وإنما احتفاء من جهتها بعناصر تعميق نفوذها، حتى تزداد به صلابة ومنعة. وهو

ما لا يجوز. ذلك أن الشرعية الدستورية وحدها هى التى تؤسس سلطاتها، وتحدد طرائق مباشرتها، وتكفل اتصالها الواثق بمواطنيها.

وهذه الشرعية هى التى ترسيها الهيئة القضائية وتفرضها من خلال أحكامها، لتقيم بها عناصر بنيان دولة القانون التى لا تنفصل السلطة التشريعية عنها. إذ هى واقعة بالضرورة فى إطار قاعدة الخضوع للقانون -والدستور فى ذراه- ولن يجديها بالتالى الاحتجاج بالسيادة البرلمانية التى لا يجوز لها أن تباشرها إلا فى الحدود المنصوص عليها فى الدستور، والتى فرضتها عليها السلطة التى أسستها؛ ولا يجزيها إلا أن تصدر تشريعاتها وفق الضوابط التى رسمتها لها هذه السلطة التأسيسية.

ولم يعد مقبولا أن تركن الدولة إلى حاجتها إلى الاستقرار كى تقوض الهيئة التى تتولى مراجعة القوانين فصلا فى اتفاقها أو اختلافها مع الدستور؛ ولا أن تعمل على إضعافها؛ ولا أن تعطل تنفيذ أحكامها؛ ولا أن تتدخل فى شئونها ولو بطريق غير مباشر؛ ولا أن تثير ضدها وسائل الأعلام التى تملكها؛ ولا أن تنظر إليها كعقبة تعطل حركتها.

وإذا جاز لها أن تفرض بعض القيود على نشاط هذه الهيئة القضائية، فذلك من أجل تنظيمها، وفى الحدود المنطقية التى تكفل فعالية دورها، وبما لا يضيق من ولايتها إلى حد كبير[1]. ويتعين بوجه خاص أن يظل استقلالها وحيدتها كاملين، فلا يكون قضاتها تابعين لها بوجه أو بآخر.

ولم تكن عودة الديمقراطية إلى بعض الدول الأوروبية كالبرتغال واليونان، غير إيذان بإنفتاح طريقها إلى الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، التي هي اليوم التطور الأهم في أكثر دول الجماعة الأوروبية، على تقدير أن هذه الرقابة هي التي تكفل سيادة الدستور، وإن ظل مبدأ السيادة البرلمانية أصلا في بعض الدول، كالمملكة المتحدة وهولندا ولكسمبرج.

([1]) وفقا للنموذج الأمريكى تخرج المسائل السياسية من نطاق المسائل التى يجوز الفصل قضائيا فيها، وهو ما تعارضه محاكم الدول الأوروبية التى تختص بالنظر فى كل خصومة دستورية أيا كانت طبيعة المسائل التى تطرحها.

٣٠٠- وإذ كان من المقرر أن الرقابة القضائية على النصوص القانونية، فصلا فى اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، هى التى تكفل علوه على هذه النصوص؛ إلا أن الدساتير المختلفة لم تتفق فيما بينها على نموذج موحد لهذه الرقابة، ليس فقط فى طرائقها، وإنما كذلك فى نطاقها. ذلك أن المراجعة القضائية لدستورية القوانين لها أوصافها التى تتردد بين رقابة قضائية سابقة محلها القوانين قبل صدورها. وهذه قد تكون وجوبية أو جوازية؛ ورقابة قضائية لاحقة ينحصر نطاقها فى النصوص القانونية بعد العمل بها؛ ورقابة قضائية مجردة محلها كذلك القوانين القائمة، وإن كان طريق الطعن فيها لا ينفتح أصلا إلا لجهات بذواتها ليس لها مصلحة شخصية فى الطعن عليها.

المبحث الثاني
المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.

٣٠١- ويبدو مما تقدم، أن المراجعة القضائية للقوانين هى وسيلة تقييمها للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور. ليكون إبطالها جزاء خروجها على أحكامه، وضمان علوه عليها. ولا تزال بعض الدول تنازع فيها حتى اليوم بالرغم من قبولها الطعن فى قراراتها التنظيمية بمجاوزة السلطة Recours pour exces du pouvoir سواء أمام محاكم إدارية تستقل بتشكيلها وباختصاصها عن محاكم القانون العام، أم تعمل كدائرة داخل محيط هذه المحاكم وفى إطار تشكيلاتها.

وكان من المفترض أن يقترن قبولها بالمراجعة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية -المادية منها والإدارية- برقابة تكملها للقوانين التى تصدرها السلطة التشريعية لضمان خضوع أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية للقانون، والدستور فى أعلى مدارجه.

ولكنها رفضتها قولا منها بأن السيادة الشعبية التى يملكها البرلمان، لا تجوز مناقشتها. وهى حجة مقتضاها أن يظل القانون نافذا ولو كان مخالفا للدستور، ولازمها أن الدستور لا يعتبر قانونا أساسيا، بل فى مرتبة موازية للقانون أو أدنى من القانون.

ولم يكن تذرعها بمفهوم السيادة الشعبية غير قناع يخفى مخاوفها من أن تتبوأ الهيئة التى تباشر الرقابة على دستورية القوانين، مكانة تعليها على سلطتها، ومركزا تتفوق به عليها بما يخل بالركائز التى يقوم عليها نظام الحكم فيها؛ ويمنعها من إحكام قبضتها على مواطنيها الذين يختلفون فيما بينهم فى التقاليد التى ورثوها، وكذلك فى أنماط ثقافتهم التى تلقوها، ويتسمون كذلك بتباين أجناسهم، وتفرق مذاهبهم وقيمهم. فلا تبسط سيطرتها على مقاليد الأمور بها من خلال نظم مدنية فى طبيعتها([1]).

كذلك كان ضمور أحزابها أو اختفاؤها، تعبيرا عن تضاؤل دورها فى توجيه الحياة السياسية أو التأثير فيها. وعجز مواطنيها كذلك عن تأسيس دستور يكفل لحقوقهم وحرياتهم إطارا ملائما، وعلى الأخص من خلال صون حقهم فى الاقتراع الحر. ولم تعن هذه الدول -وتلك هى الأوضاع

([1]) يعتبر العامل الأكبر فى نيجريا فى تقويض الدستورية بها، هو تدخل العسكريين فى أعمال الحكومة.

التى تحيط بها- بتعليم أبنائها القيم الديموقراطية، ولا بحضهم عليها. ذلك أن ما كان يعنيها، هو أن تعلوا إرادتها فوق القانون.

بيد أن الإيمان بالديموقراطية بوصفها هدفا مشتركا بين الشعوب جميعها -وبغض النظر عن فوارقها الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية- جعل من الديموقراطية -بما تقوم عليه من الحرية، والمساواة، والشفافية، والمسئولية، مع احترام تعدد الآراء- مثلا أعلى وأسلوبا للحكم ينبغى تطبيقه وفق المعايير المسلم بها دوليا.

وصارت الديموقراطية -بأشكالها المختلفة وخبراتها المتعددة- الطريق إلى صون كرامة الفرد وضمان حقوقه الأساسية؛ وإلى تحقيق العدالة الاجتماعية ودعم التنمية الاقتصادية؛ وإلى تأمين تلاحم المواطنين وتماسكهم؛ وإلى التنافس -في إطار سياسة مفتوحة حرة وعريضة ودون تمييز- من أجل الوصول إلى السلطة، وممارستها، وتداولها فى إطار مبدأ الخضوع للقانون.

وكان للديموقراطية كذلك أثر هام فى توكيد أهمية الحقوق المدنية والسياسية، وأخصها الحق فى الاقتراع الحر، وفى الاجتماع، والحصول على كل المعلومات، وفى تكوين الأحزاب السياسية وتنظيم نشاطها وشئون تمويلها ومبادئها الخلقية، فلا تتحكم فيها أهواؤها، ولا تمايز بين الراغبين فى الانضمام إليها بالنظر إلى أعراقهم أو أصلهم، أو مركزهم الاجتماعى أو توجهاتهم أو ثرواتهم، أو لغير ذلك من الأغراض غير المفهومة أو غير المنطقية.

ولم يعد الحكم الديموقراطى مجرد مفاهيم فلسفية يدعو الناس لها ويروجون للقبول بها، وإنما صار أسلوبا عمليا للحياة العامة على تباين مستوياتها؛ كافلا إسهام المواطنين فى شئونها بصورة فعلية، ودون ما عوائق تعطل حركتهم أو تقيدها، أو تمنعهم من اختيار البدائل بصورة حقيقية، أو تعزز أوجه الخلل الاجتماعى؛ أو تخل بالمساواة؛ أو بالحق فى التعليم؛ أو بوجود آلية قضائية لها من استقلالها وحيدتها وفعاليتها ما يكفل سيادة القانون، وهى مدخل هام لتحقيق الديموقراطية([1]).

([1]) أنظر فى ذلك الإعلان العالمى للديموقراطية الذى أقره -بغير تصويت- مجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى دورته الحادية والستين بعد المائة بمدينة القاهرة فى ١٩٩٧/٩/١٦.

وحقق ذلك تغييرا واضحا فى مفاهيم المراجعة القضائية، فلم تعد صورة مظهرية محدود أثرها؛ ولا خطوة متعثرة فى مناهجها ووسائلها؛ ولا غير متكاملة فى عناصرها، أو غير محايدة فى خصائصها؛ وإن كانت هذه المراجعة وئيدة فى حركتها ومترددة فى حسمها فى الدول الشمولية والدول حديثة العهد بالاستقلال التى كان تركيزها على النظام فيها أكثر من اهتمامها بحقوق المواطنين وحرياتهم، وحرصها على فرض كلمتها أكثر من إيمانها بالخضوع للقانون، وقدرتها على حمل شعوبها على السكون والانزواء، أكبر من قدرتهم على التظاهر والاحتجاج والعصيان([1]).

بيد أن اتساع المفاهيم الديموقراطية وانتقالها عبر الحواجز الإقليمية على اختلافها فى إطار حيدة المعلومات وتعددها، والتماسها من كافة مصادرها، ونشرها من خلال وسائل الإعلام على اختلافها، أذن بأفول قبضة الدولة على مواطنيها؛ وأقام من الجماهير –بيقظتها وتماسكها وعمق وعيها– قوة لها وزنها فى الدفاع عن الدستور والقانون من خلال آلية قضائية تتكامل حلقاتها التى وصل التطور الراهن بها إلى تقرير صور من المراجعة القضائية على دستورية القوانين، لا تصل جميعها إلى حد الكمال.

فمن الهيئة السياسية التى تتولى هذه المراجعة إلى الهيئة المختلط تكوينها؛ ومن الرقابة المحدودة، إلى الرقابة الأكثر شمولا؛ ومن الرقابة القضائية الشكلية، إلى الرقابة القضائية الحقيقية التى تطور الدستور وتغير معانيه.

وفى هذا الإطار، لم يكن إسناد عمليه المراجعة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية صرفه، عملا مقبولا ولا مفيدا. ذلك أن تكوينها الداخلى، وتبعيتها للجهة التى أحدثتها، يقوضان استقلالها. فضلا عما هو مقرر من أن الدساتير غير نافذة بذاتها، ولا تدون نفسها بنفسها، تنشأ من فراغ Neither self- enacting, nor self- executing.

([1]) تنص المادة ٣٥ من دستور ١٧٩٣ الفرنسى على أن التمرد على الحكومة التى تنتهك حقوق الشعب، يكون واجبا على الجماهير وكذلك على كل قطاع منها. ويعتبر هذا التمرد أكثر حقوق الجماهير قدسية وأهم واجباتها التى لا يجوز التفريط فيها Le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs.

وكلمة القانون لا ينطق بها علانية، وفى حرية كاملة، غير قاض. ولا كذلك الهيئة السياسية التى تقصر رقابتها عن ان تحقق الآمال المعقودة عليها، ولو كان تشكيلها يـــزاوج بيـــن رجـــال السياسية والقانون.

ذلك أن الدستور حتى فى هذه الصورة، كثيرا ما يضيق من نطاق ولايتها، وتحيطها أجـواء سياسية لها موازينها التى تقلل من دورها، خاصة فى الدول حديثة العهد بالاستقلال أو الدول التى كانت تتشدد -لأسباب تاريخية- فى رفض كل أشكال المراجعة لدستورية القوانين، كفرنسا([1]).

بيد أن ما يلاحظ، أن الهيئات التى تتولى المراجعة القضائية لدستورية القوانين، كثيرا مـــا تطور من ولايتها بما يحقق الخضوع للقانون بدرجة أكبر. ولا تقبع بالتالى داخل الحدود الطبيعية لولايتها. وهو ما فعله المجلس الدستورى الفرنسى الذى تحول إلى قوة حقيقة لها شـــأنها داخـــل النظام القانونى فى فرنسا

إذ كان ينظر إلى هذا المجلس فى مبدأ نشأته كأداة سياسية أو كـــذراع للحكومـــة لاحتـــواء البرلمان. ثم صار على مراحل تطوره، هيئة قضائية حقيقية لا يعنيها أكثر من أن تحقق ســـيادة الدستور فى إطار منظومة قانونية تتوافق عناصرها ولا تتنافر.

ويدل التطور الراهن للرقابة القضائية على الدستورية، علـــى تفضيـــل الهيئـــة القضائيـــة المركزية على محكمة أعلى داخل محاكم القانون العام. وهو ما نراه فى بعض الـــدول كألمانيـــا والنمسا وأسبانيا وإيطاليا والبرتغال ومصر، مع تفاوت هذه الدول فى كيفية تشكيلها لهذه الهيئـــة القضائية المركزية، وتحديدها نطاق ولايتها سواء بتقويتها أو إضعافها.

ولا تزال الدول النامية فى أكثرها نابذة للرقابة القضائية علـــى الدســـتورية، معلنـــة عـــدم جدواها. بل إنها تحرص على إجهاض كل محاولة لبعثها حتى تطلق يدها فى كل الشئون.

وقد تأخذ بأشكال ضيقة لهذه الرقابة تقصرها على القوانين قبل إصدارها؛ وترفـــض بـــها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التى تخول كل مواطن الحق فيها،ولو لم يكن طرفا فى نزاع قائم

([1]) كان ينظر إلى المجلس الدستورى الفرنسى فى السنوات الأولى لإنشائه كجهة مختلطة. ذلك أن تشـــكيله كـــان يعطيه ملامح سياسية وقانونية

تطبق فيه أمام محكمة الموضوع النصوص القانونية التي يدعى مخالفتها للدستور. وإنما يواجـــه المواطن مباشرة هذه النصوص، ويجرحها، ولو كان من غير المخاطبين بها أو لم يكن قد أضـــير من تطبيقها.

وصور التضييق هذه على اختلافها، يبررها حذر بعض الدول وتخوفها من الآثـــار التـــى تحدثها المراجعة القضائية لدستورية القوانين على العلائق القانونية التي تمسها.

وقد يتعلق التضييق تاره بنوع القوانين محل المراجعة القضائية، وطورا بطرائـــق هـــذه المراجعة مثلما هو الحال فى فرنسا التى 'تخرج القوانين التي توافق عليها الجماهير فى اســـتفتاء من نطاق الرقابة القضائية. وتقبل فى حدود ضيقة مراقبة دستورية القوانين التى تعدل الدســـتور، وترفض -كأصل عام- فرض هذه الرقابة على القوانين بعد صدورها. وفيما يلى تفصيل لكل مـــا تقدم:

الفصل السابع عشر

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستفتائية

Le lois référendaires

المبحث الأول

حظر هذه الرقابة في فرنسا

٣٠٢- اطرد قضاء المجلس الدستورى الفرنسى على إخراج هذه القوانين من نطاق ولايته، ولو كان موضوعها مما احتجز الدستور تنظيمه للقوانين العضوية، أو كان هذا الموضوع قد تناول مسائل لم ينص الدستور على إجراء استفتاء فيها([1]).

ويؤسس المجلس استبعاده لهذه القوانين من نطاق ولايته، على حجة حاصلها أن القوانين التى يفصل فى دستوريتها هى فقط تلك التى وافق البرلمان عليها من خلال الاقتراع على أحكامها، وأن ولايته -محددة على هذا النحو- لا شأن لها بالقوانين التى أقرتها الجماهير فى استفتاء عام، إذ هى تعبير مباشر عن السيادة الشعبية([2]).

وهى حجة غير مفهومة. ذلك أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسى يخول هذا المجلس، الاختصاص بالفصل فى دستورية القوانين العضوية وجوبا، والقوانين العادية بصفة جوازية. ولا يستبعد بالتالى صراحة من نطاق رقابته، القوانين التى ووفق عليها فى الاستفتاء. إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأسيسا على أن روح الدستور تقتضى حصر هذه الولاية فى القوانين التى اقترع البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كمنظم لنشاط كل سلطة فى الدولة، مؤداه ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التى تعبر بصورة مباشرة عن السيادة الشعبية([3]).

وفى ذلك يقول المجلس([4]):

S'il est vrai que l' article 61 de la constitution ne precise pas si lès lois- organiques ou ordinaires- qui doivent ou peuvent être déférees au conseil constitutionnel, conprennent ou non les lois adoptées par référendum, il resultc de l'esprit de constitution

---

([1]) François Luchaire, la Constitution de la Republic Francaise, 2e édition, Economica, PP. 1107-1109.

([2]) C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D.C. 23 sep. 1992, R.p. 94.

([3]) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

([4]) C. C. 25 oct. 1988, R. p. 191; C.C. 23 des. 1960 R.P. 67. C.C. 3 avril 1962, R.P. 63.

que la competence du conseil constitutionel est limitée à celle qui ont été votées par le parlement. Le conseil constituionnel est un organe régulateur de l` activité des pouvoirs public, sa mission ne saurait comporter la verification de lois qui constitutent l'expression directe de la souverainété nationale..

ثم عدل المجلس بعد ذلك عن الإشارة لروح الدستور كسند لعدم اشتمال ولايته على الفصل فى دستورية القوانين الاستفتائية، وصار يكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيسا على أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية.

٣٠٣- وفيما تعلق بعملية الاستفتاء فى ذاتها، ليس ثمة مراجعة قضائية فى فرنسا لمرسوم دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، ولا لقرار رفض اللجوء إلى الاستفتاء، ولا للأعمال السابقة على الاستفتاء، والتى لا يزيد دور المجلس الدستورى الفرنسى بشأنها عن مجرد إبداء وجهة نظره حين يؤخذ رأيه فيها.

ولكن المجلس يستعيد سلطته القضائية بعد تمام الاستفتاء A posteriori إذا قدم طعن إليه فى نتيجته أو فى الطريقة التى تم بها([1]). Le déroulement des operations referendaire.

والأصل أن تحيل الحكومة إلى المجلس مشروع المرسوم الخاص بتنظيم عملية الاستفتاء، وأن ترفق به كذلك نص مشروع القانون الذى سيطرح على هيئة الناخبين لاستفتائها فيه. وفى هذه المرحلة، لا يباشر المجلس غير سلطة استشارية يفصح بها عن رأيه فيما إذا كان التنظيم الخاص بعملية الاستفتاء، وكذلك مشروع القانون المرفق به، موافقين أو مخالفين للدستور.

فإذا أبان عن مخالفتهما أو أحدهما للدستور، فإن إصرار الحكومة على المضى فى الاستفتاء، يدعوه إلى أن يخطرها بأنه لن يراقبه أو يعلن نتيجته. وهو ما يمثل رادعا نفسيا للسلطة المخالفة بتصرفاتها للدستور. وعليه أن ينقل كذلك خطابه فى ذلك إلى الرأى العام، وأن يبصره بكل خلل فى العملية الاستفتائية حتى لا تقدم السلطة عليها أو تقربها([2]). وعلى الأخص إزاء ما تنص عليه المادة ٦٠ من الدستور الفرنسى من اختصاص المجلس الدستورى لفرنسا بالنظر فى قانونية ودستورية La régularité العملية الاستفتائية وإعلان نتائجها.

([1]) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

([2]) Francais luchaire, Commentaire à l'article 60 de la constitution. "La constitution de la Republic Française, 2e edition, Economica, pp. 1107- 1109.

٣٠٤- ويتعين بالتالى التمييز بين مراحل ثلاث فى العملية الاستفتائية:

أولاها: مرحلة ما قبل الاستفتاء. وتنحصر سلطة المجلس بشأنها فى مجرد إبداء آراء استشارية فى شأن مطابقة أو مخالفة التنظيم الخاص بها للدستور.

ثانيتهما: مرحلة جريان الاستفتاء. وهذه يراقبها المجلس ويبسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء السلطة القضائية.

وثالثتها: مرحلة ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية فى الطعون التى تقدم بشأنها ويعلن نتائجها. فإذا تبين له عدم انتظامها، فإما أن يبقى عليها، أو يبطلها كلية أو بصفة جزئية.

ولا يجوز بالتالى أن يفصل المجلس فى قرار أو إجراء تم فى المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء Mesure Préparatoire، وهو ما يراه بعض الفقهاء محل نظر([1]).

ذلك أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء والتى يختص المجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء فى مراحله التحضيرية.

وإذا كان المجلس لا يفصل فى غير الطعون التى تقدم إليه بعد تمام الاستفتاء، إلا أن الطعون التى تؤسس على الخلل فى الأعمال التحضيرية السابقة على إجراء الاستفتاء، ترتبط كذلك بدوران عملية الاستفتاء Le déroulement des operations référendaires وتأثيرها فى نتائجها التى يختص المجلس بإعلانها([2]).

([1]) Francois Luchaire, Op. Cit. pp. 1108 - 1109.

([2]) يقول Lauchaire فى ص ١١٠٨ من المرجع السابق بأنه حتى مع التسليم بوجهة نظر المجلس الدستورى فى شأن عدم جواز خضوع القوانين الاستفتائية لرقابته، فإن القوانين التى تخرج عن مجال هذه الرقابة هى التى تتعلق بصور الاستفتاء التى حددها الدستور.

المطلب الأول

الرافضون للفصل فى دستورية القوانين الإستفتائية

٣٠٥- وتثير القوانين التى قبلتها الجماهير فى استفتاء عام، مشكلة بالغة الأهمية تتعلق بما إذا كان رفض الفصل فى دستوريتها، يعتبر مقبولا وفق أحكام الدستور، إذ تنقسم الآراء فى ذلك إلى اتجاهين متعارضين.

يقرر أولهما: أن قضاة الشرعية الدستورية لا يراقبون إلا القوانين التى تقرها السلطة التشريعية. ولا شأن لهم بالتالى بالقوانين التى تم الاقتراع عليها فى استفتاء عام، والتى تعتبر -بالنظر إلى حقيقتها- تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية([1]).

les lois que la constitution à entendu soumettre au contrôle de constitutionalité sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adopté par le peuple français à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souverainete nationale.

ويؤيدون رأيهم بالقول بأن المراجعة القضائية للقوانين، غايتها أصلا مواجهة أعمال السلطة التشريعية؛ ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية تتلقيانها من نفسيهما، وإنما بتفويض مباشر من الدستور والجماهير. ومن ثم يصير ملائما مراقبة هاتين السلطتين لضمان تقيدهما بالحدود التى فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، ولردع انحرافهما فيما إذا جاوزتا إرادة الجماهير، وأغفلتا احترامها.

ولا كذلك القوانين التى تقترع الجماهير مباشرة عليها، وتعبر بها عن إرادتها دون وسيط. خاصة وأن إخضاع القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية التى تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير، للرقابة على الدستورية، لازال أمرا مختلفا عليه. فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التى تقرها الجماهير مباشرة بنفسها؛ كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية فى الدول الديموقراطية، تقتضى أن تفرض الجماهير إرادتها على الكافة.

([1]) C.C.61 – 20 D.C., 6 nov. 1962,R.p.27., C.C. 92 -313 D.C., 23 sep. 1992, R.p.94

المطلب الثانى
المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستفتائية

٣٠٦- يقول هؤلاء بأن عدم خضوع القوانين الاستفتائية، للرقابة القضائية على الشـــرعية الدستورية محل نظر من النواحى الآتية:

أولا: تغليبه المعايير الشكلية على الموضوعية. ذلك أن القانون، سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أو من السلطة التشريعية التى تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتمحض عـــن قواعد عامة مجردة. ولا شأن لخصائص هذه القواعد أو طبيعتها، بطريقة إقرارهـــا Leur mode d'adoption.

ثانيا: ليس من المنطقى التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وبين قوانين أقرتـــها الســـلطة التشريعية التى أنابتها الجماهير عنها فى التعبير عن إرادتها. ذلك أن مناط هـــذا التميـــيز، هـــو المغايرة بين قوانين تكون تعبيرا مباشرا عن إرادة الجماهير، وقوانين هى فى حقيقتها تعبير غـــير مباشر عن إرادتها.

ثالثا : أن التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وأخرى أقرتها السلطة التشـــريعية، مـــؤداه تقرير نوع من التدرج فى طرائق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرق أعلى شأنا من غيرها. وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسى التى تقضى بأن الســـيادة الوطنيـــة تملكـــها الجماهير، وأنها تباشرها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء([1]). بما مؤداه تكـــافؤ هـــاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية، وتعادلهما فى الدرجة([2]).

رابعا: كذلك فإن القول بأن القوانين التى تقرها الجماهير فى استفتاء عام من الندرة بمكـــان، بحيث لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، فى جوهر هذه الرقابة التى تواجه القوانيـــن الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها فى عموم تطبيقاتها؛ مردود بأن الرقابة علـــى الشـــرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التى تتناولها. ولا شأن لقلتها أو كثرتها بالحدود التى ينبغـــى أن

([1]) La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentantes et par la voie du référundum.

([2]) Dominique Rousseau. Droit du Contentieux constitutionnel 3e édition. P. 177.

تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته في مسائل بذواتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

خامسا: أن الأصل فى القوانين الاستفتائية، أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية. فإذا لم نجز الطعن عليها بوصفها كذلك، وأجزنا الطعن فى القوانين البرلمانية التى تعدلها([1])، لصار من حق البرلمان -وهو لا يباشر السيادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر- أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه السيادة من خلال استفتاء عام تحدد به هيئة الناخبين فى كافة مواقعها، مصير المسائل التى تناولها.

سادسا: أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقيد كل سلطة بالضوابط التى حدد بها الدستور ولايتها؛ ولكنها تتصرف كذلك إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التى قد تخل بها القوانين التى ووفق عليها بالاستفتاء، إذا انبهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

سابعا: أن المواطنين لا يوافقون على قانون ما فى استفتاء عام، إلا بافتراض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم. فإذا أخل بها، تعين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقويم هذا العوار.

ثامنا: أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون يقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها الدستور. فلا يكون طرحها على المواطنين لاستفتائهم فيها، إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التى لا تجوز مناقشتها.

تاسعا: أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستفتائية لإخضاع أولاها دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية، مؤداه أن يصير الاستفتاء طريقا أسهل للعملية التشريعية Liberté de légiférer. وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية Neutraliser la Jurisprudence Constitutionnelle عن طريق إخراج القوانين الاستفتائية من محيط ولايتها.

عاشرا: أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقا استثنائيا. فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق تفاديا للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجهه لإفراغ

([1]) C.C. 89- 265 D.C.. 9 Janv. 1990, R.P.12.

الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، خاصة إذا كان القانون الموافق عليه فى الاستفتاء، مخالفا للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عقوبة الإعدام التى حظر الدستور فرضها أو نقل ملكية مرافق عامة إلى القطاع الخاص([1]) أو عطل حق المرأة فى إجهاض حملها بالمخالفة للدستور([2]) .La suppresion de l' interruption volontaire de grossesse

المطلب الثالث

موقف المحكمة الدستورية العليا فى مصر من القوانين الاستفتائية

٣٠٧- تقرر المحكمة أن الدستور إذ خول رئيس الجمهورية أن يعرض فى استفتاء عام، ما يراه ملائما من المسائل، فإن هذا الترخيص لا يجوز أن يتخذ ذريعة للإخلال بأحكام الدستور. كذلك فإن موافقة الجماهير على قانون طرح عليها فى الاستفتاء، لا يرقى بالنصوص التى تضمنها إلى مرتبة نصوص الدستور ذاتها ولا يمنحها قوتها. بل تظل فى صحيح تكييفها فى ذات مرتبة القانون الذى احتواها، وإلا جاز للقوانين التى أقرتها الجماهير، أن تعدل أحكام الدستور ذاتها بغير اتباع القواعد الإجرائية التى تطلبها الدستور لتعديل أحكامه.

ومن ثم تظل القوانين الاستفتائية دون الدستور فى درجتها، وتعامل كغيرها من القوانين التى تتحد معها فى مدارجها فى مجال خضوعها للرقابة على الشرعية الدستورية([3]).

وميزة هذا الاتجاه ضمان سيادة الدستور لتسليط أحكامه على القوانين جميعها سواء فى ذلك ما كان منها تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية؛ أو تعبيرا غير مباشر عنها. خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد فى مباشرتها بالحدود التى نص عليها الدستور، فلا يجوز أن يكون موضوعها منافيا لأحكامه، ولا التذرع بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تعديلا لها.

فضلا عن أن إخضاع القوانين التى أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية، يضيق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها فى غير ضرورة تقتضيها.

([1]) C.C. 86- 207 D.C., 25- 26 Juiv , 1986, R.P. 61.

([2]) راجع فى الحجج المتقدمة جميعها ص ١٧٨- ١٧٩- مؤلف دومنيك روسو السابق الإشارة إليه.

([3]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣٩ و١٤٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية"- جلسة ٢١ يونيه ١٩٨٦- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٣٣٦ من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها.

الفصل الثامن عشر
الرقابة القضائية على القوانين المعدلة للدستور
Le lois constitutionnelles

٣٠٨- تعنى الدساتير بأن تحدد فى صلبها الهيئة التى توليها مهمة تعديل أحكامها. فلا يختص سواها بإجراء التعديل، سواء كان اقتراح التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، أم من قبل عدد معين من أعضاء الهيئة التى اختصتها بإجراء التعديل.

وينفذ التعديل بمجرد إقراره من الهيئة التى تتولاه وفقا للدستور؛ وبالأغلبية الخاصة التى حددها، ووفق الإجراءات التى بينها والتى تتسم عادة بتعدد حلقاتها وتشابكها وصرامتها؛ وذلك سواء كانت الهيئة التى تتولى هذه المهمة بتفويض من الدستور، ذات تكوين خاص، أم كانت هى السلطة التشريعية ذاتها التى تقر التعديل بالأغلبية الخاصة لكل من مجلسيها، أو باجتماعهما معا فى شكل مؤتمر.

وهو ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ التى تقضى بما يأتى:

<<يقدم طلب تعديل الدستور إما بمبادرة من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؛ وإما من أعضاء البرلمان. ويعرض مشروع أو اقتراح التعديل على كل من مجلسى البرلمان للاقتراع عليه بصيغة واحدة ([1]) En termes identiques. ويكون التعديل نهائيا بعد الموافقة عليه فى الاستفتاء.

ومع ذلك لا يعرض مشروع التعديل للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعقدا فى شكل مؤتمر. وفى هذه الحالة يتعين أن يحصل مشروع التعديل على ثلاثة أخماس أصوات المقترعين. ويتخذ المؤتمر من الجمعية الوطنية مكتبا له.

([1]) أنظر تعليق Daniel Gaxie على نص المادة٨٩ من الدستور الفرنسى، وذلك فى ص ١٣٢٦ حتى ١٣٤٠ من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La constitution de la Republic française, Econonica.

ولا يجوز اتخاذ إجراء لتعديل الدستور أو المضى فيه إذا أخل بتكامل الإقليم ويحظر كذلك أن يكون موضوع التعديل الشكل الجمهورى للحكومة([1])>>.

وسواء كان التعديل نافذا بمجرد إقراره من الهيئة التى اختصها الدستور بإجرائه، أم كان نفاذه معلقا على استفتاء، وسواء بادر رئيس الجمهورية إلى اقتراح التعديل؛ أم قدم الاقتراح من عدد معين من أعضاء السلطة التشريعية، وسواء تم التعديل بموافقة كل من مجلسيها، أم كان إقراره عن طريق مؤتمر يجمعهما، فنحن فى كل هذه الأحوال أمام قانون صدر بتعديل الدستور، ولا يجوز بالتالى أن يتعلق بغير المسائل التى تدرجها الدساتير عادة فى صلبها كنظام الحكم فى الدولة بما فى ذلك كيفية توزيعها لسلطاتها بين مؤسساتها، ونطاق حقوق مواطنيها وحرياتهم. وجميعها قواعد دستورية لا يجوز تغييرها إلا بتعديل الدستور.

وينبغى أن يلاحظ أن قوانين تعديل الدستور -وبغض النظر عن موضوعها- هى قوانين بمعنى الكلمة، وإن كان إقرارها يقتضى الدخول فى إجراءات معقدة متعددة المراحل تعينها السلطة التأسيسية. وهى السلطة الأصلية التى انبثق الدستور عنها، وكان من خلقها ابتداء Les constituants d'origine.

٣٠٩- وليس ثمة إجماع على خضوع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية. ذلك أن الفقهاء ينقسمون فى ذلك إلى أكثر من اتجاه:

([1]) وفيما يلى نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى فى لغتها الأصلية:

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du parlement.

Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive apres avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de revision n'est pas présenté au referendum lorsque le président de la Republique décide de la soumettre au parlement convoqué en Congres; dans ce cas, le projet de revision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquiémes des suffrages exprimés. Le bureau du Congres est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porte atteinte a l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

الإتجاه الأول
لا يجوز إخضاع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن قوانين تعديل الدستور لا يجوز إخضاعها للمراجعة القضائية، وذلك بالنظر إلى موضوعها، وعلى ضوء طبيعة تكوين الهيئة التى أقرتها، والتى تتلقى التفويض مباشرة من السلطة التأسيسية التى صدر الدستور عنها. وعلى الأخص كلما كان عرض هذه القوانين فى استفتاء عام، شرطا لسريانها. إذ يعتبر قبول الجماهير لها فى الاستفتاء، تعبيرا مباشرا عن إرادتها التى لا يجوز لأحد أن يراجعها فيها. فضلا عن أن إخضاع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية -ولو لم يجر استفتاء عام عليها- هو تقييد للسلطة التى أقرتها فى حركتها التى تخولها أن تعدل كل مادة فى الدستور، وذلك باستثناء مواده التى حددتها السلطة التأسيسية حصرا، كإجراء تعديل فى الدستور يخل بوحدة الدولة، أو بتكامل إقليمها، أو بنظامها الجمهورى([١]).

الاتجاه الثانى
خضوع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن القوانين التى تعدل الدستور هى من الناحية الشكلية قوانين بمعنى الكلمة اقترع عليها أعضاء السلطة التشريعية. ولا يغير من تكييفها أن تكون هذه السلطة قد اعتمدتها بأغلبية خاصة؛ ولا عرضها على الجماهير فى استفتاء؛ ولا إقرارها حتى عن طريق مؤتمر يضم مجلسى البرلمان. ذلك أن هذا المؤتمر لا يزيد أن يكون جمعية برلمانية يجوز إخضاع اللوائح التى تنظم عملها للمراجعة القضائية([٢]).

وإذا جاز القول بأن السلطة التى تقر التعديل، هى فى حقيقتها اشتقاق من السلطة التى خرج الدستور أصلا من رحمها، إلا أن هذا الاشتقاق Constituant derivé لا يدمجها فى السلطة

([١]) تنص الفقرتان الأخيرتان من المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ على أن تكامل إقليم الدولة والشكل الجمهورى لنظامها لا يجوز أن يتعلق بهما تعديل.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsque il est porté atteinte a l`integrité du territoire. La forme républicaine du gouvermement ne peut faire l`objet d` une revision.

([٢]) يراجع المجلس الدستورى الفرنسى اللوائح التى تنظم عمل المجلسين التشريعيين المنعقدين فى شكل مؤتمر
C.C. 63- 24 D.C., 20 dec. 1963, R.p. 16.

الأصلية التى صدر الدستور ابتداء عنها، ولا يجعلها من جنسها. ذلك أن السلطة الأصيلة Constituant originaire، هى تلك التى خولتها الجماهير تصميم دستور يكون ملبيا مطالبها بما يعيد تنظيم الدولة وفق أسس مختلفة عن تلك التى كان معمولا بها من قبل.

ولا كذلك سلطة تعديل الدستور. ذلك أن تخويل السلطة الأصيلة جهة غيرها حق إجراء هذا التعديل، لا يساويها فى مرتبتها. وإنما هى سلطة تابعة للسلطة الأصيلة التى تحدد لها إطار حركتها وضوابط عملها من خلال قواعد شكلية وموضوعية تلزمها باتباعها. فلا تملك تحريفها أو الخروج عليها ولا تدور إلا فى فلكها. فضلا عن أن الهيئة التى تعدل الدستور، هى فى حقيقة تكييفها القانونى سلطة عامة تضبط إيقاعها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان تقيدها بالحدود التى فرضها الدستور فى شأن الشروط والأوضاع التى تطلبها لتعديل أحكامه. شأنها فى ذلك شأن كل سلطة غيرها، ناط الدستور بها مباشرة اختصاص معين[1].

الاتجاه الثالث

حظر التعديل الشامل لنصوص رقم الدستور

أن كل تعديل للدستور يتعين أن يكون جزئيا، فلا يحيط بنصوص الدستور جميعها، ولا يغير من القيم الجوهرية التى يقوم عليها، ولا من الهياكل الرئيسية لتنظيم الدولة، ولا يحبط الأغراض النهائية التى يتوخاها. فإذا خرج قانون تعديل للدستور عن حدوده المنطقية تلك، خضع للمراجعة القضائية.

الاتجاه الرابع

انعدام الفواصل بين التعديل الجزئى والتعديل الشامل للدستور

أن التمييز بين تعديل جزئى للدستور، وبين تأسيس من جديد لكامل أحكامه، وإن كان منطقيا ومفهوما، إلا أن الفواصل بين هاتين العمليتين تدق كثيرا فى العمل.

---

(1) وصف المجلس الدستورى الفرنسى نفسه بأنه أداه تنظيم أوجه نشاط سلطات الدولة

L'organe régulateur de l' activité des pouvoirs publics
C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p. 27.

فضلا عن أن التعديل ولو كان جزئيا، قد يخل بتوازن كان ملحوظا وقت إقرار الدستور، كإلغاء سلطة رئيس الجمهورية فى حل البرلمان، أو إسقاط مبدأ المسئولية الوزارية. فإلى أي حد يعتبر التعديل المقترح واقعا في حدود متطلباته وأغراضه المنطقية، أو مجاوزا لها...؟!

كذلك فإن من المفترض في التعديل، أن يتناول تغييرا مطلوبا، أيا كان موقع هذا التغيير من النصوص التي يشملها، أو درجة أهميتها.

ولا يجوز بالتالي إيراد قيد على مضمون التغيير، إلا إذا تأتى القيد من نصوص الدستور ذاتها، كما لو حظر الدستور تعديل مواد بذاتها فيه كتلك التي تتعلق بالديمقراطية أو العلمانية أو باستقلال السلطة القضائية.

وفيما عدا دائرة النصوص التي حظر الدستور صراحة تعديلها، فإن آفاق التعديل لا يجوز تقييدها، وإلا قصر عن أن يكون كافلا للجماعة مصالحها في أشكالها المتغيرة([1]).

وما يقال من أن للدساتير جميعها قيما ومبادئ دستورية لا يجوز تعديلها، كتلك التي تتعلق بالسيادة الوطنية، وبوحدة الدولة وتكامل إقليمها؛ مردود كذلك بأن هذه القيم والمبادئ ذاتها يجوز أن تعدلها السلطة الأصيلة التي كان لها فضل إيجاد الدستور، وبعثه إلى الحياة.

فإذا لم تفرض هذه السلطة على الجهة التي اختصتها بتعديل الدستور، قيودا في شأن نطاق التعديل؛ فإن اختصاص هذه الجهة في إجرائه يكون كاملا، خاصة وأنها سلطة ذات سيادة. وسيادتها هذه تخولها إلغاء ما تراه من أحكام الدستور، أو تعديلها، أو تكملتها، ولو اختل التوازن الذي كان يكفل من قبل تماسكها.

وهي بذلك لا تعتبر سلطة عامة تلتزم بالنزول على الدستور بما يحول دون خروجها على قواعده. ولكنها سلطة إحداثية تقيم نصوصا جديدة كبديل عن نصوص قائمة؛ وتحور من مضمون النصوص القديمة في بعض جوانبها؛ أو تسد الفراغ فيها. وهي تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية لا تقيدها في مباشرتها أية قاعدة لها قيمة دستورية([2]).

([1]) C.C. 93- 312,2 Sept. 1992, R.p. 79.
([2]) C.C. 81 - 132 D. C., 16 janv. 1982. R. p. 18.

وليس ثمة ما يمنعها بالتالي من الخروج -صراحة أو ضمنا- على قيم أو مبادئ قام الدستور عليها، أو كان لها قيمة دستورية. وذلك مؤداه أن اختصاص الجهة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، لا يخولها فقط إدخال تعديل جزئي عليها، بل إحداث أحكام جديدة تضيفها إلى الدستور. بل إن سلطتها في الإضافة تتقدم سلطتها في التعديل المحدود، أو على الأقل تساويها. ويتعين دائما فى كل تعديل للدستور -إضافة لأحكامه أو تغييرا لها على وجه آخر- أن تقصر الجهة القضائية رقابتها على السلطة التى ناط الدستور بها تعديل أحكامه، فيما قيدها الدستور به فى مجال مباشرتها لهذا الاختصاص([1]) وليس لها بالتالى أن تتدخل فى عملها لتقييم الحدود التى ارتأتها لهذا التعديل.

الاتجاه الخامس

قوانين تعديل الدستور لها شرائطها التى لا يجوز أن ينحدر التعديل منها

وأيا كانت آراء المؤيدين أو المعارضين للرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور؛ فإن ما أراه صوابا هو أن كل تعديل مشروط ابتداء بالتقيد بالقواعد التى فرضها الدستور لإجراء التعديل، سواء فى ذلك ما كان منها من طبيعة شكلية، كاستنفاد المراحل التى حددها الدستور لإجراء التعديل، وأن يتم بالأغلبية الخاصة التى اشترطها، وعلى ضوء نتيجة الاستفتاء إذا كان مطلوبا كشرط لنفاذه([2])؛ أو ما كان من هذه القيود من طبيعة موضوعية كما لو حظر الدستور تغيير الشكل الجمهورى لنظام الحكم، أو النزول عن جزء من إقليم الدولة أو الدخول فى أحلاف أجنبية

([1]) انظر عرض بعض الآراء المؤيدة أو المعارضة للقوانين المعدلة للدستور

Dimitri Georges lavroff, le droit constituionnel de la ve Republique, 2e edition, pp. 178- 180.

([2]) وفقا لنص المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية يتم تعديل الدستور من خلال مراحل متعددة تلي كل منها المرحلة التي سبقتها. إذ يناقش مجلس الشعب أولا مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه سواء تعلق الأمر بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وسواء كان طلب التعديل مقدما من رئيس الجمهورية أو موقعا عليه من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل. فإذا رفض الطلب، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتائه في شأنه، ويعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء بقبوله.

لأغراض لا صلة لها بحفظ السلم الدولى، أو الإخلال بقواعد القانون الدولى التى لا يجوز نقضها Jus Cogens أو تقرير حقوق المواطنين تكون أقل فى مستوياتها مما هو مقرر منها فى الدول الديموقراطية، أو الإخلال بحقوق بذواتها نص عليها حصرا، أو تغيير أوضاع حرص على إبقائها كنظام توارث العرش فى بعض الدول(١) أو كالطبيعة الديموقراطية لنظام الحكم بها، أو كوحدة الدولة وتكامل إقليمها. ذلك أن هذه القيود بنوعيها من عمل السلطة التأسيسية؛ فلا يجوز أن تخرج عليها الهيئة التى فوضتها هذه السلطة فى إجراء التعديل.

ومشروط ثانيا بأن يكون التعديل خطوة أكبر وأعمق في اتجاه توكيد حقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا انقض التعديل على ما هو قائم منها بدلا من ضمانها بصورة أفضل؛ كان ذلك نكولا من الجهة التي اختصها الدستور بتعديل أحكامه، عن الحدود المنطقية للتفويض الصادر لها من السلطة التأسيسية التي كان الدستور محصلة جهدها في إرساء قواعده.

ولا يجوز بالتالى أن يخل التعديل بالسيادة الوطنية، ولا بكون الجنسية شرط للمواطنة؛ ولا بوحدة الدولة وتكامل أجزائها؛ ولا أن يكفل لأقلية وطنية حقوقا أقل من التى كفلها لباقى المواطنين؛ ولا أن يكون منهيا حقوقا رئيسية ترتبط بالقيم الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها، خاصة ما يكون في وجوده أسبق من الدولة ذاتها(٢)، ومن ذلك الحق فى التعددية التى تمليها الفطرة الإنسانية، وحرية الخلق والإبداع فى العلوم والفنون على اختلافها لتسخيرها من أجل الرقى الإنسانى، وحرية التعبير عن الآراء التى نبغضها، والحق فى مقاومة الاستبداد.

وهذا المعنى هو ما تؤكده بعض الدساتير الأجنبية كنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفدرالية التي تحظر تعديل المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون. وجميعها تتصل بكرامة الإنسان وصون حرمة حياته الخاصة، وحقه في التنقل والاجتماع والتعبير عن رأيه ونشره، وغير ذلك من حقوقه الأساسية التى لا تنقسم بما يجعل النزول عنها أو تقادم الحق فيها، مستعصيا، وبما يكفل بالتالى ترابطها واندماجها فى وحدة عضوية تجمعها،

---

(١) انظر فى ذلك دستور ١٩٢٣ الذى كان معمولا به فى مصر.

(٢) يصف البعض هذه المبادئ بأنها فوق الدستور فلا يجوز المساس بها Principes supra- constitutionnels وهى فكرة رفضها المجلس الدستوري الفرنسى .C.C. 93- 312, 2 Sep.1992, R.p. 76

لتكون جميعها واقعة فى إطار منظومة واحدة لا تتفرق فى أغراضها النهائية، ولا يناقض بعضها البعض فى مضمونه.

ومشروط ثالثا: بأن يكون التعديل جزئيا. ذلك أن السلطة التي ناط بها الدستور تعديل أحكامه، لا تعتبر سلطة بديلة عن السلطة التي أحدثتها.

ولا يجوز -ومن ثم- أن يكون تعديلها للدستور انقلابا على أحكامه جميعها، تغير منها بالطريقة التي تراها، وكأنها تضع للدولة دستورا جديدا Modifier la Constitution, n'est pas changer de constitution، خاصة وأن التعديل -في طبيعته- يفترض تقويم اعوجاج في أجزاء محدودة من الدستور، وتلاقيا مع احتياجات المواطنين.

ولا يجوز بالتالي أن يتمحض التعديل عن إلغاء الدستور. بل يتعين إذا لم يعد الدستور ملبيا لمصالح المواطنين، أن تقوم بوضع الدستور الجديد سلطة تأسيسية جديدة تنظر بنفسها فيما تراه أحفظ لحقوقهم وأصون لحرياتهم.

وهذا المعنى مستفاد ضمنا من الفقرة الأولى من المادة ١٨٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية التي تخول كلا من رئيس الجمهورية وعدد معين من أعضاء السلطة التشريعية طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، لا إبدال الدستور القائم بدستور جديد.

وفي إطار هذه القيود، تباشر كل من السلطة التي تعدل الدستور من ولايتها؛ وتراقبها الجهة القضائية فى كيفية مباشرتها لهذه الولاية.

فلا تكون أولاهما معصومة من الرقابة القضائية، إلا بقدر مباشرتها لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، وفي إطار الضوابط المنطقية لممارستها.

ولا تكون ثانيتهما ممنوعة من مراقبة عمل أولاهما، كلما قام اختصاصها في تقييم هذا العمل على متطلباته الدستورية الشكلية منها والموضوعية، وكذلك على موجباته المنطقية، خاصة وأن إطلاق السلطة التي تعدل الدستور، من كوابحها، مؤداه انفلاتها.

ومشروط رابعا: بإن القوانيـــن التـــي تعـــدل مـــادة أو أكـــثر فـــي الدســـتور، les lois constitutionnelles لا تعتبر قوانين مفسرة للدستور. ذلك أن تفسير النصوص القائمـــة لا يعنـــي تعديلها أو الإضافة إليها، بل مجرد تجلية غموض شابها من جـــراء صياغتـــها بطريقـــة معيبـــة Eclaircir sa signification cachée par une rédaction insuffisament claire. فإذا عدل قانون من أحكام الدستور من خلال التذرع بتفسيرها، بطل هذا القانون.

فضلا عن أن القانون المفسر لا يجوز أن يتعلق بغير قانون من درجته، وليـــس بالدســـتور الأعلى مرتبة من القانون.

ولا كذلك قوانين مراجعة الدستور، لأنها تستعيض عن مادة أو أكثر فيه بغيرهـــا، وتمنـــح النصوص الجديدة قوة نصوص الدستور ذاتها([1]).

ومشروط خامسا: بأن الشروط الموضوعية التى تحيط بها السلطة التأسيسية تعديل الدستور، تقتضى من الجهة القائمة على الرقابة الدستورية، أن تسبر أغوارها. فإذا حظر الدستور تعديـــل النظام الديموقراطي للحكم، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تستظهر ما إذا كان التعديل حتى مع تقيده بأحد أشكال الديموقراطية، قد ناقض خصائصها التى تفترض أصلا تقسيم الســـلطة وتوزيعها وتداولها بطريق الاقتراع، وضمان استقلال السلطة القضائيـــة، ومســـاواة المواطنيـــن وتضامنهم([2]).

ومشروط سادسا: بأن تعديل الدستور يفترض أن تكون الهيئة التى تتولى التعديل متحـــررة من كافة الضغوط التى تعطل أو تقيد حريتها فى التقدير والتقرير. ولا كذلك أن يكون جزء مـــن إقليمها محتلا أو واقعا فى قبضة بعض المتمردين عليها.

ومشروط سابعا: بألا يكون التعديل قد أدخل على نصوص الدستور تنافرا يستحيل أن يتحقق به التوافق بين أجزائها.

([1]) Decisions of the Constitutional Court of Romania ; DECISION No19 on February, 14 1995 ; Published in the Official Gazette of Romania",no39, from February,23,1995

([2]) عكس ذلك Daniel Gaxie ص ١٣٢٩ من تعليقه على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى المنشور فـــى المؤلف السابق الإشارة إليه وعنوانه "دستور الجمهورية الفرنسية" الطبعة الثانية Economica ويؤيد المجلس الدستورى الفرنسى خضوع القوانين التى تعدل الدستور للرقابة إذا لم تلتزم الســـلطة التـــى أجـــرت التعديـــل بالشروط التى فرضها الدستور عليها C.C. 93- 312 D.C. 2 sep. 1992, R.p. 76.

الفصل التاسع عشر
أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣١٠- تنبسط المراجعة القضائية فى شأن دستورية القانون، على كل قاعدة قانونية سواء أقرتها الحكومة الفيدرالية، أو ولايتها، أو مقاطعاتها؛ أم أقرتها فى الدولة البسيطة حكومتها المركزية،أو سلطاتها المحلية؛ وسواء تم إفراغ هذه القواعد القانونية في قانون أو لائحة أو في معاهدة دولية.

وقد كانت الرقابة السابقة على صدور القانون، قائمة في أسبانيا، ثم تقرر إلغاؤها عام ١٩٨٥. ولم تبق من الدول الأوروبية التي تطبقها غير فرنسا والبرتغال. بل إن البرتغال تأخذ بصورتين للرقابة هما الرقابة السابقة واللاحقة. أما في النمسا، فإن دور الرقابة القضائية السابقة محدود الأهمية، إذ يقتصر على عملية توزيع الاختصاص بين الاتحاد والوحدات الأعضاء فيه. ولا توجد هذه الرقابة في سويسرا، ولا في غيرها من الدول الأوروبية عدا تلك التي أشرنا إليها.

وللرقابة القضائية السابقة على صدور القانون شأنها في ذلك شأن الرقابة اللاحقة على العمل به، ضوابطها. ذلك أن هاتين الرقابتين لا تختلفان عن بعضهما، إلا في زمن إجراء كل منهما. ولكنهما تتناولان معا قانونا أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التى ينظمها، والوسائل إلى تحقيق الأغراض التى يبتغيها من تنظيمها. وعلى هذين الأمرين معا تنبسط الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لتعلقها بموضوع القانون، وبالوسائل التي تحقق أغراضه.

فالأصل فى التعددية، وفى حرية العقيدة، أنهما حريتان مطلقتان. فإذا قيدهما قانون، فإن موضوع القانون يكون مخالفا للدستور[1].

وحتى إذا كان موضوع القانون مما يجوز تنظيمه تشريعيا وفقا للدستور -وهى الصورة الغالبة- فإن النصوص القانونية التى أقرها لتنظيم هذا الموضوع قد لا تكون ملائمة في تقدير جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تغاير موازينها في التقييم، اجتهاد السلطة التشريعية

([1]) لا يقتصر مفهوم التعددية على التعددية الحزبية، ولكنها مفهوم شامل يتناول التعددية التى تقوم على تبادل الآراء، والتعددية فى طرائق التعبير على اختلافها فنيا وأدبيا أوعمليا أو إبداعيا أو مهنيا. وهى فى حقيقتها أساس المجتمع المدنى، ونقطة الأساس فى نظمه الديموقراطية.

المنتخبة، والتي يقال عادة بأنها أكثر شرعية من جهة الرقابة، لأنها تعبر بصورة أدق فيما تقره من القوانين عن السيادة الشعبية.ولها بالتالى حق اختيار موضوع القانون، وكذلك انتهاج ما تراه من الوسائل لتنظيمه. وهو قول باطل يتخذ صورة الحق. ذلك أن السيادة الشعبية لا تناهض الدستور، ولكنها تفترض فمن يمارسها الخضوع لأحكامه.

وليس للسلطة التشريعية بالتالى حصانة تعليها فوق الدستور، أو تخولها مجاوزة حدوده، سواء أطلق الدستور ولايتها بما يخولها حق تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم وشئونهم جميعا؛ أم حصر ولايتها فى مسائل بذواتها، واحتجز ما عداها للسلطة التنفيذية تشرع فيها من خلال لوائحها، مثلما هو الحال فى فرنسا([1]).

ولئن جاز القول بأن الولاية المفتوحة للسلطة التشريعية هى الأصل، وأنها تخولها تنظيم كافة المسائل أيا كان موضوعها، كصون الأمن العام وتنظيم المرافق لضمان تسييرها أو تطويرها، ومعاقبة الجناة، وكفالة استقلال السلطة القضائية، وضمان تنوع الآراء بغض النظر عن حواجزها ومصدر تلقيها؛ وكان للسلطة التشريعية بالتالى حق تنظيم كل حق أو حرية أيا كان مضمونها؛ إلا أن النصوص القانونية التى تقرها فى شأن كل موضوع تتولاه بالتنظيم، تعتبر مجرد وسائل حددتها لتحقيق أغراض بذواتها. ذلك أن هذه الوسائل إما أن تكون مدخلا لصون حقوق المواطنين وحرياتهم؛ أو موطئا للإخلال بها ويكمن فيها بالتالى احتمال نقض الحقوق التى كفلها الدستور.

([1]) تحدد المادة ٣٤ من الدستور الفرنسى المسائل التى ينظمها القانون، وحصرتها فى المسائل التى عينتها والتى يندرج تحتها تقرير القواعد المنظمة للحقوق المدنية والضمانات الأساسية المكفولة للمواطنين من أجل مباشرة حرياتهم العامة. والحق فى العمل والتنظيم النقابى والضمان الاجتماعى والقوانين المالية التى تحدد موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط التى يصدر بها قانون عضوى، فضلا عن تأميم المشروعات ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، والضمانات الأساسية المكفولة لموظفى الدولة المدنيين والعسكريين وكذلك قواعد التجريم والعقاب والعفو وإنشاء نظم قضائية جديدة ونظم قضاتها بالإضافة إلى الجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم وذممهم المالية وتوارثهم، والنظم الانتخابية البرلمانية والمحلية وتنظيم الدفاع المدنى، ونظم الملكية والحقوق [illegible] والالتزامات المدنية والتجارية. وتنص المادة ٣٧ من [illegible] الدستور، على أن المسائل التى لا تدخل فى المجال المحجوز للقانون، تعتبر من طبيعة لائحية.

ومن ثم يتعين أن تزنها الهيئة القضائية بالقسط للتحقق من توافر صلة منطقية بين هذه الوسائل وغاياتها، وإلا تعين إبطال النصوص المفضية إليها. فلا يكون هذا الإبطال تحكميا.

ومن ثم ينحل تقييم هذه الوسائل إلى عملية ذهنية لا تماثل تلك التى تجريها السلطة التشريعية فى مجال مفاضلتها بين البدائل التى تتزاحم على الموضوع الواحد.

ذلك أن الهيئة القضائية لا تحل نفسها محل المشرع سواء فى مجال اختيار بديل دون آخر، أو تفضيل بديل على غيره. ولكنها تنظر فيما إذا كان هذا الاختيار والترجيح كافلا عقلا تحقيق الأغراض التى توخاها المشرع من التنظيم.

وهى بذلك تستنهض مسئوليته فى اختيار أكثر الوسائل ملاءمة لتحقيق هذه الأغراض فى إطار نصوص الدستور. بل إنها قد تدون فى حيثياتها ما تراه مضمونا صحيحا لهذه الوسائل(١).

ومهمتها فى ذلك شائكة بلا نزاع، وتثير صعابا لا يستهان بها، لعل أفدحها خطرا اتهامها بأنها تشرع لنفسها، وأنها تقوض السلطة التقديرية التى يملكها المشرع، وأنها تفرض وصايتها على الشئون التى ينفرد بها؛ وأن من المفترض فى السلطة التشريعية سعيها لضمان المصلحة العامة فى كافة مظانها، ومن أوجهها المختلفة(٢).

ولا يجوز بالتالى أن تراجعها الهيئة القضائية فى مناط تحققها؛ ولا أن تقيم نفسها محلها فيما تراه أكفل لإشباعها؛ ولا أن تكون سلطتها فى تقييم النصوص القانونية المطعون عليها موازية لاختصاص السلطة التشريعية فى اختيارها لها، والتى تقدر على ضوئها الوسائل التى تراها أكثر صونا لحقوق مواطنيها وحرياتهم(٣).

وأيا كان شأن المخاطر التى تجابه الهيئة القضائية فى هذه المنطقة الوعرة، فإن نظرها فى الوسائل التى اختارها المشرع -وهى النصوص القانونية التى أقرها لتنظيم موضوع معين- وتقديرها ملاءمة اللجوء إليها لتحقيق الأغراض التى يتوخاها هذا التنظيم، يظل أصلا مستعصيا على الجدل. ذلك أن تقييمها لهذه الوسائل لا يتوخى إبدالها بغيرها، وإنما فقط تقرير مجاوزتها

(١) C. C. 93 - 326 - D. C., 11 aout 1993 , R.p. 217.
(٢) C.C. 83 – 162 D.C., 19 – 20 juil. 1983, R.p. 49.
(٣) C.C. 74 – 51 D.C., 15 janvier 1975, R.p. 19.

الأغراض المقصودة منها. وليس للمشرع بالتالى أن يتذرع بالسلطة التقديرية التى يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافيا لتحقيق المصلحة المبتغاة من التنظيم التشريعى الذى أقره؛ ولا أن يبرر خطأه فى تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التى يتصل بها هذا التنظيم؛ ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التى تناولها المشرع على ضوء طبيعتها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة. ذلك أن الدستور لا يأذن بغير الوسائل الأقل تقييدا للحرية، والأكثر ضمانا للحقوق. ولا تفعل الهيئة القضائية شيئا غير إنفاذ حكم الدستور حتى لا يكون اختيار المشرع للوسائل التى اصطفاها، قائما على الأهواء أو قرين التحكم.

المبحث الأول
صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا

المطلب الأول
الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صدور القانون

٣١١- الصورة المثلى للرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها، هى التى نص عليها دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، ومن ثم نعرض لها بشيء من التفصيل، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا تزال محدودة فى نتاجها بالنظر إلى أن ما يستعبد من نطاقها، أكثر مما يدخل فى محيطها. وهى بذلك ولاية غير مفتوحة، ولا عريضة روافدها، ولا يلج الأفراد أبوابها. ولهذه الرقابة فى فرنسا صورا متعددة نعالجها تباعا على النحو الآتى:

الفرع الأول
الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية

٣١٢- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الدستور الفرنسى على أن القوانين التى يخلع عليها الدستور صفة القوانين العضوية، هى التى يتم الاقتراع عليها وتعديلها وفقا لأحكام هذه المادة. ومن ثم لا تعتبر القوانين العضوية كذلك بالنظر إلى خصائص معينة تنفرد بها وإنما تتحدد صفتها هذه بناء على نص فى الدستور. وتتوخى هذه القوانين التى ظهر مصطلحها لأول مرة فى دستور ١٨٤٨، أن تفصل المسائل التى حددتها([1]).

وتحظى القوانين العضوية بأهمية كبيرة منذ العمل بدستور ١٩٥٨، وذلك من النواحي الآتي بيانها:

([1]) تحيل المادة ٦٣ من الدستور إلى قانون عضوى لبيان القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستورى، وكيفية مباشرته لوظيفته، والإجراءات التى تتبع أمامه خاصة ما تعلق منها بتحديد مواعيد الطعن. وعملا بنص المادة ٦٥ من الدستور يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء ويكون وزير العدل نائبا له. ويشكل هذا المجلس -فضلا عما تقدم- من تسعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وفق الشروط التى يصدر بها قانون عضوى. وتنص المادة ٦٧ من الدستور على أن يصدر قانون عضوى بتشكيل محكمة العدل العليا، وتحديد قواعد مباشرتها لوظيفتها، والإجراءات التى تتبع أمامها.

أولا: أن الاقتراع عليها وتعديلها لا يجوز إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ٤٦ من دستور ١٩٥٨.

ثانيا: أن نطاق عمل القوانين العضوية ينحصر في مسائل محددة عهد إليها الدستور بها. وليس لها بالتالي أن تنظم ما عداها إلا بوصفها مجرد قوانين عادية(١).

كذلك لا يجوز للقوانين العادية أن تخل باختصاص تتولاه القوانين العضوية وفقا للدستور(٢).

ثالثا: لا يجوز إصدار القوانين العضوية قبل أن يعلن المجلس الدستوري مطابقتها للدستور. وهو ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦، والفقرة الأولى من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي التي تقضى أولاهما بأن القوانين التي يعتبرها الدستور قوانين عضوية، لا يجوز إصدارها قبل أن يؤكد المجلس دستوريتها(٣)؛ وتنص ثانيتهما على أن القوانين العضوية قبل إصدارها، واللوائح البرلمانية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ قبل تطبيقها، يتعين عرضها على المجلس كي يفصل في تطابقها أو تعارضها مع الدستور.

ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين العضوية، رقابة وجوبية لا تقتصر على ما يكون من بينها مظنونا مخالفته للدستور؛ ولكنها تشمل القوانين العضوية جميعها، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا يحركها إلا رئيس مجلس الوزراء بوصفه السلطة المختصة بعرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري في الوقت الذي يراه.

غير أن سلطته في اختيار وقت عرضها مقيدة من جهتين:

أولاهما: أن من القوانين العضوية ما يحدد المهلة التي يتقيد بها رئيس مجلس الوزراء في شأن عرض هذه القوانين على جهة الرقابة.

ثانيتهما: أن القوانين العضوية التي لا تعرض على هذه الجهة، يستحيل إصدارها وتطبيقها.

---

(1) C.C. Decision no 75 – 62 D C du 28 janvier 1876.
(2) C.C. decision no 84 – 177 DC du 30 août 1984.
(3) Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' apres declaration par le conseil constitutionnel de leur conformité à la constitution.

وعلى المجلس الدستوري أن يفصل في دستوريته نصوص القوانين العضوية جميعها، وذلك بعد التحقق من استيفاء الأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور في مجال إعدادها، ومن بينها.

أولا: أن المشروع أو الاقتراح الخاص بها، لا يجوز أن يناقش من قبل الجمعية التي يعرض عليها أولا، ولا أن تقترع عليه قبل انقضاء ١٥ يوما من وقت إيداع هذا المشروع أو الاقتراح.

ثانيا: إذا لم يتم الاتفاق بين مجلسي البرلمان حول مشروع القانون أو الاقتراح، فإن إقرار الجمعية الوطنية لهذا المشروع أو الاقتراح في قراءتها الأخيرة لأيهما، يتعين أن يكون بالأغلبية المطلقة لأعضائها.(١)

ثالثا: يتعين الاقتراع على القوانين العضوية الصادرة في شأن مجلس الشيوخ، بالصيغة ذاتها في كل من مجلسي البرلمان.

رابعا: لا يجوز أن تنظم القوانين العضوية، غير المسائل التي اختصها الدستور بها.

فإذا تبين للمجلس الدستوري أن قانونا عاديا نظم شأنا من الشئون التي تنفرد بها القوانين العضوية وفقا للدستور، قضى بعدم دستورية هذا القانون(٢).

ولا كذلك أن تنظم القوانين العضوية مسائل لا تدخل في اختصاصها، أو تتناول في بعض جوانبها تقرير نصوص قانونية في منطقة تنظمها القوانين العادية.

ذلك أن المجلس لا يقضي في هذه الحالة بعدم دستورية نصوص القوانين العضوية فيما جاوزت فيه الحدود التي رسمها الدستور لها، ولكنه يعيد ترتيبها وتصنيفها كي يدمجها في إطار القوانين العادية أو العضوية، وفق النطاق الذي حدده الدستور لكل منها(٣).

---

(1) C.C. 70- 40 D.C., 9 juillet, 1970, R.p. 25
(2) C.C. 86 -217 D.C., 18 sep. 1986, R.p. 141
(3) C.C. 75- 63 D.C., 28 janv. 1976. R.p. 141

الفرع الثاني
الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها

٣١٣- وفيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها، فإن، الفصل في دستوريتها يتم وفقا للفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وذلك بإحالتها إلى المجلس الدستوري من رئيس الجمهورية، أو من رئيس مجلس الوزراء، أو من رئيس الجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ.

وقد لوحظ أنه فيما عدا رئيس مجلس الشيوخ، فإن كلا من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، لا مصلحة لهم في الطعن بعدم دستورية قانون هم صانعوه، أو أسهموا فيه بشكل أو بآخر.

ومن ثم ظل طريق الطعن في القوانين العادية شبه مغلق، إلى أن عدل دستور ١٩٥٨في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ بما يخول ستين نائبا أو ستين شيخا، الحق في الطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس([1]).

وهو ما كفل للمعارضة فرصة المنازعة في تلك القوانين، سواء من جهة متطلباتها الشكلية أو من جهة محتواها(٢).

ولا يقبل المجلس هذه الطعون البرلمانية، إلا بعد الاستيثاق من عدد الأعضاء الموقعين عليها وصحة توقيعاتهم. فإن كان الموقعون على الطعن أقل من ستين نائبا أو ستين شيخا؛ أو كان الموقعون ستين عضوا برلمانيا نصفهم من الجمعية الوطنية، وباقيهم من مجلس الشيوخ؛ فإن الطعن المقدم منهم لا يكون مقبولا. ولا يجوز بالتالي أن تطعن السلطة القضائية ولا الأفراد في دستورية القوانين العادية قبل إصدارها، ما لم يعدل الدستور ليكفل لهم هذا الحق.

([1])، (٢) يلاحظ أن تخويل ستين نائبا أو ستين شيخا حق الطعن بعدم دستورية قانون قبل إصداره قد تقرر بعد أن خاض رئيس الجمهورية جيسكار ديستان انتخابات صعبة. فأراد أن يتقدم للمعارضة بمبادرة طيبة تخولها الوسائل الدستورية التي تنازع بها في السياسة التشريعية للحكومة. فضلا عن توكيد ضرورة ضمان حقوق المواطنين وحرياتهم بطريقة أفضل حتى لا تتحكم فيها الأغلبية البرلمانية.

ولأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا -سواء في صورتها الاختيارية التي يكـــون موضوعها قانونا عاديا؛ أم في صورتها الوجوبية التي تتعلق بالقوانين العضوية- هي رقابة سابقة على العمل بالقانون، فإن مناطها، هو القانون قبل إصداره([1]).

وتلك سمة يتميز بها النظام الفرنسي الذي ينظر إلى الرقابة على دستورية القوانين من جهة التركيز على طبيعتها الوقائية التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للدستور.

وهو ما يجعل فرصة الطعن في القوانين العادية قصيرة للغاية. ذلك أن ميعاد الطعن فيـها لا يجوز إلا خلال الفترة الزمنية الواقعة بين إقرار القانون بصفة نهائية؛ وقبل أن يصـــدره رئيس الجمهورية خلال الفترة التي حددتها المادة العاشرة من الدستور، وأقصاها ١٥ يوما([2]) بما يخـول رئيس الجمهورية أن يجهض كل طعن يتعلق بدستورية القانون، إذا أصدره مباشرة بعد موافقـــة البرلمان نهائيا على أحكامه.

ولكن الذي يقع عملا هو أن يعطي رئيس الجمهورية للراغبين من الجــهات التـــي خولـــها الدستور حق الطعن بعدم دستورية القانون، فسحة من الوقت تباشر فيها هذا الحـــق، خاصـــة إذا أفصح ذووه أو بعضهم، عن رغبتهم في مخاصمة القانون بعد إقراره.

وما يقترحه البعض من ضرورة أن يفرض المجلس رقابته -لا على القوانين بعد إقرارهـا- بل على مشروعاتها قبل مناقشتها برلمانيا، حتى يحسم هذا المجلس ســلفا المســائل الدســتورية المتصلة بها، كي تركز السلطة التشريعية جهدها على النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتشريعاتها ولا تبدد وقتها فى بحث مشكلاتها الدستورية؛ مردود بأن الرقابة القضائية الســابقة،لا تتعلق بغير القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية بصورة نهائية. ولا كذلك مشروعاتها التـــى لا تزال تناقشها وتجيل بصرها فيها لأنها قد ترفضها، فلا يكون لها من وجود. وقد تعدلها بما يغـير من الصورة التى كانت عليها وقت تقديمها. فإذا راقبها المجلس قبل أن تتخذ الســلطة التشــريعية قرارا نهائيا فيها، فإنه يكون قد تدخل فى سلطة التقرير التى تملكها، وأخل بالتوازن بين نصـوص

([1]) تتعلق الرقابة الوجوبية للمجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العضوية التي سنعود إلى شرحها.

([2]) تنص المادة العاشرة من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن يصدر رئيس الجمهوريـــة القوانيـن خـلال الخمسة عشر يوما التالية لإحالة القانون إلى الحكومة بعد الموافقة النهائية للبرلمان عليه.

مشروع القانون، ورتبها بالطريقة التى يراها، وكأنه ينظم أفكار السلطة التشريعية ويبسط سيطرته عليها.

كذلك فإن من المفترض في كل مشروع قانون -وعملا بنص المادة ٣٩/ من الدستور الفرنسي- أن يناقش بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيه([1]) والبرلمان وحده هو المختص بتقرير ما يراه فى هذا المشروع قبولا أو رفضا أو تعديلا. ولا تحل سلطة سواه فى ذلك.

والرقابة السابقة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين العادية قبل إصدارها، يكفي لتحريكها أن يقدم الطعن من إحدى الجهات التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسى، وأن يفرغ طلبها في كتاب موجه إلى رئيس المجلس الدستورى.

فإذا كان الطعن مقدما من ستين نائبا أو من ستين شيخا، فليس شرطا أن يقدم هؤلاء أو أولئك طلبا واحدا بالطعن يوقعون جميعهم عليه Conjointement بل يجوز أن يتقدموا به منفردين Individuellement على أن تتعلق طعونهم الفردية بذات القانون([2]). فإذا قدم الطلب من أحد الأفراد كان غير مقبول([3]).

كذلك ليس شرطا أن يبين الطعن أسبابه بصورة تفصيلية؛ ولا أن يكون معززا بدعامتها القانونية، وأن دل العمل على أن الذين يقدمون طعونهم إلى المجلس، يسهبون عادة فى شرحها، وفى بيان حججها، والأسس التى تقوم عليها، ويفصلون بالتالى أوجه عوارها واحدا بعد الآخر حتى يحيطوا بها. وقد حرضهم على ذلك أن طعونهم هذه تنشر فى الجريدة الرسمية؛ وكان عليهم بالتالى التدليل على جديتهم فيها من خلال عرضها بطريقة مفصلة تتكامل بها براهينها([4]).

([1]) وأولى من الاقتراح الذي يدعو المجلس الدستوري الفرنسي إلى النظر في مشروع القانون قبل أن يناقشه البرلمان لتحديد حكم الدستور فى شأن المسائل الدستورية التى يثيرها هذا المشروع، أن يأخذ هذا المجلس بالرقابة اللاحقة مثلما هو الحال في كثير من الدول.

([2]) Decision mo. 59- 1, D. C. du 14 mai 1959, Rec., 1958- 59 p. 57.

([3]) Decision mo. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

([4]) في خطاب من رئيس مجلس الشيوخ إلى رئيس المجلس الدستوري يطعن فيه على قانون يمس حرية تكوين الجمعيات، اكتفى رئيس مجلس الشيوخ بالقول بأنه يعرض هذا القانون على المجلس للفصل في دستوريته.

وأيا كان الشكل الذى تفرغ فيه الطعون، فإن المجلس لا يلتزم بالرد على كل وجه من أوجه العوار التى نسبها الطاعنون إلى النصوص التى يدعون مخالفتها للدستور.

وله كذلك أن يقيم قراره ببطلانها، على غير الدعائم التى تمسك الطاعنون بها، وأن يفصل في دستورية نصوص قانونية غير التي طرحوها، سواء كان هذا الفصل داعما لوجهة نظر الطاعنين، أو منتهيا إلى ما يناقضها.

وفي كل حال، يحدد المجلس -وبصفة مبدئية- مضمون القانون في جملة أحكامه، كي يفصل على ضوء هذا المضمون، في صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها.

المبحث الثاني
خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا

٣١٤- وسواء كانت الرقابة التى يباشرها المجلس فى شأن القوانين قبل إصدارها، وجوبية أو جوازية، فإنها تتسم بالخصائص الآتية:

أولا: أن محلها كل قانون أقره البرلمان بصفة نهائية ولم يصدر بعد([1]).

Non encore promulguée, mais definitevement adopté par le parlement.

فلا يفصل المجلس فى دستورية نصوص قانونيه لم يقرها البرلمان بمجلسيه بالصيغة ذاتها، ولو كان موضوع القانون على أكبر قدر من الأهمية، كالقوانين المالية، وقوانين التصديق على المعاهدة الدولية.([2]) فإذا كان الاقتراع على أحدهما أو كليهما لم يتم، أو كان الطعن قد تعلق بنصوص قانونية حذفها البرلمان، كان الطعن غير مقبول.

فإذا صدر القانون، فلا يجوز الفصل فى دستوريته بطريق الدفع الفرعى([3]) Pare voie d` exception، ولا تقديم آراء استشارية فى شأن هذا القانون للجهة التى تطلبها([4]).

ثانيا: لا يستنهض الفصل فى دستورية القوانين المنصوص عليها فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسى -وهى القوانين العضوية والقوانين العادية- النظر فى مطابقتها أو مخالفتها لمعاهدة دولية دخلت فرنسا فيها.

ثالثا: وتظل الرقابة القضائية المعمول بها فى فرنسا رقابة سابقة Apriori ووقائية Preventif فلا تتعلق بغير القوانين التى لم تصدر أيا كان موضوعها([5]).

([1]) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.
([2]) Decision no. 89- 268 D.C., du 29 dec. 1989, R.p., 110.
([3]) Decision no. 78- 96 D.C. du 27 juil. 1978, Rec., 1978, P. 28.
([4]) Decision no. 80- 113 D.C. du 14 mai. 1980, Rec., 1980, P. 61.
([5]) C.C. 78- 76. D.C., juil 1978, R.P. 29.

ولا يفصل المجلس بالتالى –سواء بطريق مباشر أو غير مباشر– فى دستورية قانون بعـــد صدوره. إلا أن ذلك المجلس أصدر قرارا فى ١٩٨٥/١/٢٥ عدل به عن موقفه السابق بصـــورة جزئية، وفي الحدود التي نص عليها هذا القرار.

فقد أقام المجلس بمقتضى ذلك القرار،صلة من نوع ما بين القوانيـــن التـــى يدخـــل نظـــر دستوريتها فى ولايته –وهى القوانين التى لم تصدر بعد– وبين القوانين التى لا يختص بـــالفصل في دستوريتها، وهى القوانين المعمول بها. وتتحقق هذه الصلة، كلما كان القانون الذى لم يصـــدر بعد، قد عدل من أحكام قانون قائم أو أكملها أو غير من نطاق تطبيقها، ولم يقتصر على مجـــرد تنفيذها، ففى هذه الحدود يباشر المجلس رقابته على القانون القائم المعمول به([1]).

وفي ذلك يقول المجلس:

Si la régularité au régard de la constitution d` une loi déja promulgée pert être utilement contestée à l` occasion de l` examan des dispositions legislatives qui la modifient, la complétent ou affectuent son domaine, il ne saurait en être de même lorsequ` il sagit de simple mise en application d` une telle loi.

وبذلك ينظر المجلس فى دستورية قانون معمول به، إذا أحال إليه قانون لم يصدر بعد يتولى المجلس الفصل فى دستوريته؛ بشرط أن يكون هذا القانون معدلا أو مكملا أو مؤثرا فـــى مجـــال تطبيق القانون الأول، ولا يقتصر على مجرد تنفيذه.([2])

وقد انتقد أحد الفقهاء عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه" قائلا بأن القانون المعمول به قـــد يخل بضمانة دستورية تتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا أنفذ أحكامه قانون مطعون فيه لـــم يصدر بعد، فلم لا تدخل هذه الصورة كذلك فى نطاق الرقابة التى يفرضها المجلس على القـــانون القائم!!([3]).

([1]) C.C. 85- 187 D.C., 25 janu 1985,R.p. 43.

([2]) François Luchaire, la protéction constituionnelle des droits et des libertes, Economica 1987, p. 61.

يقول هذا الفقيه، وعضو المجلس الدستورى السابق، أن هذه الأحوال الثلاث التى تتعلق بتعديـــل قـــانون لـــم يصدر بعد لقانون قائم؛ أو تكملته لهذا القانون، أو تأثيره فى مجال تطبيقه؛ لا تضييق من نطـــاق المبـــدأ الجديـــد لأنها تتسع لأغلب الصور التى يمكن أن تقع فى العمل.

([3]) Dominique Rousseau , Droit de contentieux constitutionnel, 4 e edition, p. 189.

وأيا كان الأمر، فإن البين من قضاء المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يوليــو ١٩٨٩ أن المجلس أسقط من حيثياته عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه"..!!

فهل تعمد المجلس إسقاطها لتشمل رقابته القوانين المعمول بها التى يطبقــها Appliquer أو يعدلها Modifier، أو يكملها Compléter أو يؤثر فى نطاق سريانها Affecter le domaine قانون لم يصدر بعد يفصل المجلس فى دستوريته..!! أم أن إسقاطها كان سهوا..!!؟

أن ما أراه صوابا فى ذلك، هو أن المحاكم جميعها، قد تعدل عن مبدأ سابق لــها بطريقــة هادئة. وهو ما اعتقد أن المجلس الدستورى الفرنسى قد قصد إليه.

رابعا: أن اختصاص المجلس بمراقبة دستورية القوانين العضوية والعادية قبل إقرارها، كفل تقييد السيادة البرلمانية التى لا يجوز إعفاؤها من الخضوع للدستور.

وقد كان نص المادة ٦١ المشار إليها، ثمرة تطور تاريخى عميق الجذور، تمثل فى حرص رجال الثورة على رفض تدخل المحاكم فى القوانين التى تعارض تطبيقها حتى لا تعرقل أعمــال الثورة أو إصلاحاتها، فحظروا عليها نظر دستورية القوانين(١) وكان القضاة الذيــن يعــارضون القانون، يعتبرون مذنبين بجريمة الغدر(٢).

وقد رفض القضاة الفرنسيون -وعلى نقيض زملائهم الأمريكيين- الفصل فــى دسـتورية القوانين. وأيدتهم فى ذلك محكمة النقض نفسها، على تقدير أن البرلمان لا يعبر إلا عن الســيادة الشعبية التى لا تجوز مناقشتها، وأن ذلك هو ما تنص عليه المادة ٦ من إعلان حقــوق الإنســان والمواطن(٣).

---

(١) انظر فى ذلك المادة ٣ من دستور ١٩٩١/٩/٣، والمادة ٢٠٣ من دستور الجمهورية الثالثة.

(٢) دعا الدكتور سمير تناغو فى هجومه على المحكمة الدستورية العليا، إلى محاكمة قضاتها بجريمة الغدر التــى تتوافر أركانها فى نظره بسبب إبطالهم بعض قوانين السلطة التشريعية المخالفة للدستور..!!

(٣) توجد استثناءات قليلة على قضاء محكمة النقض الفرنسية، من بينها قضاء الدائرة الجنائية بمحكمــة النقـض فى ٣/١٥ و ١٨٥١/١١/٧١.

Sirey 1851, premiere partie , p.p. 214 et 707.

بيد أن هذه النصوص الحائلة دون تدخل القضاة فى أعمال السلطة التشريعية، لم تمنعهم من مراقبة السلطة التنفيذية فى قراراتها للتحقق من مشروعيتها. كذلك لم يكن امتناعهم عـن تطبيـق القانون المناقض للدستور، غير إعمال لوظيفتهم القضائية التى تسلك القواعد القانونية فى مـدارج مختلفة، يأتى الدستور فى قمتها.

خامسا: أن القوانين العضوية واللوائح البرلمانية -بما فى ذلك لوائح مجلـس البرلمـان منعقدا فى شكل مؤتمر- تعتبر بقوة الدستور، مطروحة على المجلس للنظر فى دسـتوريتها([1]). ولكن المجلس لا يتدخل فى القوانين العادية إلا من خلال طعن يقدم إليه بشأنها.

ولم يكن تخويل حق الطعن فى هذه القوانين لستين نائبا أو ستين شيخا مقررا أصلا فـى دستور ١٩٥٨ وقت صدوره. ثم عدل هذا الدستور فى ١٩٧٤/١٠/٢٩ ليكفل لهم هذا الحق بقصد تقوية المعارضة البرلمانية، وتوكيد حقها على الاعتراض على القوانين العادية التى يقرها البرلمان بالمخالفة للدستور([2]).

سادسا: أن نص المادة ٦١ من الدستور لا يخول المجلس سلطة تقدير وتقرير تمـاثل تلـك التى يحوزها البرلمان. ولكنها تخوله فقط أن ينظر فى دستورية القوانين التى تحال إليه وهو مـا قرره فى ١٥ يناير ١٩٧٥ قائلا:

L'article 61 de la constitution ne lui confére pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, mais lui donne seulement competence pour ce prononcer sur la conformité à la constitution des lois déférées à son examin.

سابعا: لا تشمل الرقابة القضائية للمجلس، الأوامر المنصوص عليها فى المـادة ٣٨ مـن الدستور التى تجيز فقرتها الأولى للحكومة -ومن أجل تنفيذ برامجها- أن تطلب مـن البرلمـان الترخيص لها بأن تصدر أوامر تتخذ بها -خلال مدة محدودة- تدابير تدخل بطبيعتها فى منطقـة القانون. وتنص فقرتها الثانية على أن تصدر هذه الأوامر فى مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس

([1]) قضى المجلس الدستورى الفرنسى ببطلان لائحة برلمانية قررت المسئولية الوزارية فى غير الحـدود التـى نص عليها الدستور، انظر فى ذلك قراره فى ٢ يونيه ١٩٧٩.

([2]) يخطر المجلس الدستورى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان بـالطعن المقـدم فى القوانين العادية، وذلك حتى يتمكنوا من التدخل فى الخصومة الدستورية.

الدولة، وتنفذ اعتبارا من تاريخ نشرها. وتزول قوتها إذا لم يودع بالبرلمان مشروع قانون التصديق عليها قبل انتهاء مدة التفويض Avant la date fixée par la loi d'habilitation.

وعملا بفقرتها الثالثة لا يجوز بعد انتهاء مدة التفويض المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة،تعديل هذه الأوامر -فى مجالاتها التشريعية- بغير قانون([1]).

وتعليقا على نص المادة يقول François luchaire([2]) بأن الترخيص بإصدار الأوامر وفقا لحكمها، لا يجوز أن يتم بمبادرة من البرلمان. بل يتعين أن تطلبه الحكومة فى شكل مشروع قانون بالتفويض يودع من قبلها فى البرلمان.

وتظل هذه الأوامر -وإلى ما قبل التصديق عليها من البرلمان- عملا حكوميا، متخذا شكل قراراتها الإدارية التى يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة بمجاوزة السلطة ولا تتغير طبيعتها هذه بمجرد إيداع قانون التصديق عليها بالبرلمان. ذلك أن هذا الإيداع وإن احتفظ لتلك الأوامر بقوة نفاذها، إلا أن شكلها اللائحى يظل قائما Un acte de forme réglementaire

فإذا ما صدق البرلمان عليها -صراحة أو ضمنا- فإن هذه الأوامر تصير عملا تشريعيا، Acte legislative، فلا يجوز الطعن عليها منذ هذا التصديق بمجاوزة السلطة([3]).

ذلك أن تلك الأوامر وإن اعتبرت نافذة بمجرد نشرها وطوال فترة سريان القانون المرخص بها، إلا أن مناط استمرار تطبيقها بعد انقضاء فترة التفويض، هو أن يصدر قانون بالتصديق عليها. ويكفى مجرد إيداع مشروع قانون التصديق عليها فى البرلمان قبل انتهاء مدة التفويض حتى تحتفظ هذه الأوامر بقوتها.

وقد لا يتدخل البرلمان على الإطلاق لإقرار قانون التصديق، وعلى الأخص إذا لم تكن الحكومة راغبة فى أن يناقش البرلمان الأوامر التى أصدرتها بالنظر إلى سوء وقعها على مواطنيها.

([1]) C.C. 85- 196 D.C., 8 aout 1`985. R.P. 63.

([2])Lauchaire, commentaire a l' article 38 de la constitution, in, la constitution de la Republic Française, 2 edition. Economica, p.p. 795- 799.

([3]) C.E. 19 dec., 1969, R.P. 593.

وتلافيا لتراخي البرلمان فى إقرار قانون التصديق -وهو محل الرقابة القضائية الدستورية- قرر المجلس الدستورى الفرنسى،أن التصديق على هذه الأوامر يعتبر قد تم، ولو كان البرلمان قد أقر قانون التصديق بطريقة ضمنية عبر بها بوضوح عن إرادة التصديق على تلك الأوامر، كما لو عدل البرلمان بعض المواد التى صدر بها الأمر، إذ يفيد هذا التعديل قبوله بباقيها، والتصديق حتماً عليها بالتالى. وفي ذلك يقول المجلس([1]):

La ratification peut resulter d'une mainfestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement

وعلى ضوء ما تقدم لا يباشر المجلس الدستورى رقابة إلا على قانون التصديق على الأوامر المشار إليها.

فإذا لم يصدر هذا القانون -ولو ضمنا- فلا شأن لرقابته بتلك الأوامر.

أما إذا صدر ذلك القانون، وكان مخالفاً للدستور، فإن إبطال قانون التصديق، ينال من الأوامر المصادق عليها، ويجعلها فى حكم الأوامر التى لم يلحقها تصديق برلمانى، ليدخل إبطالها فى اختصاص مجلس الدولة بوصفها عملاً إدارياً([2]).

([1]) C.C. 86- 224 D.C., 23 janv. 1987, R.P. 8.
([2]) Lauchaire, Commentaire à l'article 61 la constitution, in la constitution de la Republic Française, Economica, 2 edition, p. 1117.

المبحث الثالث
الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها

٣١٥- كانت هذه الرقابة اختيارية فى مشروع دستور ١٩٥٨. ثم صار أمر الفصل فى دستوريتها قبل تطبيقها -وعلى ضوء الصيغة النهائية للدستور- وجوبيا.

بيد أن خضوعها للرقابة القضائية الجبرية قبل تطبيقها، لا يعنى مباشرة هذه الرقابة فى شأنها بصفة تلقائية. ذلك أن تحريكها لا يكون إلا من خلال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ اللذين فوضهما الدستور فى ذلك الاختصاص، فلا يترخصان إلا فى اختيار وقت عرضها للمراجعة القضائية، وإن كان تأخرهما فى عرضها مؤداه بالضرورة تأخر تطبيقها. ذلك أن اللوائح البرلمانية -وعلى ما تنص عليه المادة ٦١ من الدستور- لا يجوز تطبيقها قبل الفصل فى دستوريتها.

وفى تطبيق نص المادة ٦١ المشار إليها، يقصد باللوائح البرلمانية تلك التى تصدر عن كل من الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ فى نطاق التنظيم الداخلى لشئونهما، كالقواعد التى يقررانها فى شأن كيفية إدارة الحوار فى جلساتهما، وحقوق أعضائهما فى مجال توجيه الأسئلة إلى الوزراء واستجوابهم ومساءلتهم، وغير ذلك من شئون الأعضاء كتأديبهم. ولا يدخل فى نطاق اللوائح البرلمانية،الضوابط التوجيهية التى لا تظهر فيها،والتى يقصد بها مجرد تنظيم أسلوب العمل فى اللجان البرلمانية.

ذلك أن مناط المراجعة القضائية لتلك اللوائح هو صدورها فعلا عن الجمعية الوطنية، أو مجلس الشيوخ .Le réglement adopté par l`une ou l` autre assemblée ويندرج كذلك فى مفهوم اللوائح البرلمانية تلك التى تصدر عن هاتين الجمعيتين منعقدتين فى شكل مؤتمر للنظر فى مراجعة الدستور([1]).

وسواء تعلق الأمر باللوائح البرلمانية الصادرة عن أحد المجلسين التشريعيين،أو عنهما معا منعقدين فى شكل مؤتمر، فإن الرقابة القضائية على دستوريتها، تتسم بصرامتها ويقظتها. ذلك أن

([1]) C.C. 63- 24 D.D., 20 dec. 1963, R.p. 16.

المجلس الدستورى يتحقق من مطابقتها ليس فقط لكل قاعدة ذات قيمة دستوريةL'ensemble des elements composant le bloc de constitutionnalité وإنما كذلك للقوانين العضوية([1]) وللتدابير التشريعية التى تتخذ وفقا للفقرة الأولى من المادة ٩٢ من الدستور([2]).

Les mesures legislatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'art. 96 de la constitution.

ليس هذا فقط، بل إن اللائحة البرلمانية التى يقضى بمخالفتها للدستور؛ يتعين أن تغيد صياغتها الجمعية التى أصدرتها، سواء كانت هى الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، آخذة فى اعتبارها مضمون قرار بطلانها لمخالفتها الدستور.

وعلى رئيسها أن يعرض مشروع اللائحة فى صورتها الجديدة مرة ثانية للمراجعة القضائية([3]).

وسواء أبطل المجلس الدستورى اللائحة الجديدة أو وجه البرلمانيين إلى طرائق تطبيقها([4]). فإنهم يتقيدون بقرار المجلس رغم إيمانهم بأن اللوائح البرلمانية لا تنظم غير شئونهم الداخلية التى يفترض استقلالهم بها.

والرجوع إلى قضاء المجلس فى شأن اللوائح البرلمانية فصلا فى دستوريتها، يدل على حرصه -وفى إطار سياسته القضائية La politique jurisprudentielle- على صون حقوق البرلمانيين فى مواجهة الحكومة؛ وضمان امتيازاتها قبلهم. ولم يقبل المجلس بالتالى، محاولة البرلمانيين تخويل أنفسهم مزايا حرمهم الدستور منها. أو تقرير اختصاص لهم يجاوز الحدود التى أذن الدستور لهم بها. كتوسيعهم من اختصاص لجان التحقيق والمراقبة البرلمانية([5])

([1]) C.C. 59- 2 D. C, 24 juin 1959, R.p. 58; C.C. 59- 3 D.C., 24 et 25 juin 1959, R.p61; C.C. 61-19. D.C., 31 juil. 1962, R.p. 19; C.C. 73- 49 D.C.. 17 mai 1973, R.p. 15.

([2]) C.C. 8 juil 1966 R.p. 15.

يلاحظ أن التدابير التشريعية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة /٩٢ هى اللازمة لسير المؤسسات لتمكينها من مباشرة وظائفها، وتتخذ هذه التدابير فى مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة. وتصدر هذه التدابير بمراسيم تكون لها قوة القانون.

([3]) C.C. 59- 4 D.C., 24 juil 1959 R.p. 63.

([4]) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1959 R.p. 15.

([5]) C.C. 66- 28 D.C., 8 juil 1966, R.p. 15; C.C. 72- 48 D.C.28 juin 1972, R.p. 17.

Commissions d' enquête et de contrôle ومساءلتهم الحكومة فى غير الأحوال المنصوص عليها فى الدستور([1]). أو تقييدها بزمن معين تدلى فيه ببيان([2])، أو إلزامها بأولوياتهم التى يحددون بها المسائل التى يناقشونها فى جلساتهم([3]).

وكما قاوم المجلس محاولة البرلمانيين الانقضاض على حقوق الحكومة وامتيازاتها قبلهم، فقد حرص بالقوة ذاتها على إجهاض كل محاولة للحكومة تتوخى بها خفض الوظيفة البرلمانية بما يزيد من قسوة القيود التى فرضها الدستور عليها. وفى هذا الإطار كفل المجلس للبرلمانيين الحق فى تكوين تجمعاتهم السياسية داخل البرلمان([4])، وحفظ الطبيعة الشخصية لأصواتهم([5])، وصان لهم الحق فى تعديل لوائحهم على نحو يمكنهم من أداء أعمالهم البرلمانية بطريق أفضل([6]). فلا تمنعهم الحكومة بالمخالفة لنص المادة ٤٤ من الدستور، من تعديل مشروع القانون المعروض عليهم([7]) ولا يقيد البرلمانيون حق رئيس الجمهورية فى الدخول فى معاهدة دولية والتصديق عليها؛ ولا حق الحكومة فى توجيه سياستها القومية وتصريفها.

ولم يعد صحيحاً اليوم ما كان يقال من قبل من أن أثر اللوائح البرلمانية على تسيير الشئون السياسية، يفوق أثر الدستور فى توجيهها([8]).

ذلك أن المجلس يخضعها لرقابته الصارمة لضمان تقييدها بالدستور، وهو يشكل بذلك صورة للعمل البرلمانى يكون بها منطقياً.

([1]) C.C. 59- 2 D.C., 17, 18, 24 juin 1959. R.p.p. 58 et 61; C.C. 59- 37 D.C.20 nov 1969, R.p. 15.
([2]) C.C. 72- 48 D.C., 28 juin 1972, R.p. 17; C.C. 73- 49 D.C., 17 mei 1973, R.p. 15.
([3]) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1969, R.p. 15.
([4]) C.C. 71- 72 D.C., 18 mai 1971, R.p. 15.
([5]) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov. 1969, R.p. 15.
([6]) C.C. 88- 245 D.C., 18 oct 1988, R.p. 153.
([7]) C.C. 90- 278 D.C., 7 nov 1990, R.p. 19.
([8]) Eugéne Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, no 445.

المبحث الرابع
الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية

٣١٦- يتكون البرلمان فى فرنسا من كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. وهما مجلسان تشريعيان ينعقدان أحياناً فى شكل مؤتمر يجمعها للنظر فى تعديل الدستور.

وكان لكل من هذين المجلسين -وإلى ما قبل العمل بدستور ١٩٥٨- الحق فى أن يفصل منفرداً فى صحة عضوية أعضائه، وأن يقرر بالتالى بطلانها أو ثبوتها، لا بناء على ضوابط قانونية موحدة لا نزاع فيها، وإنما وفق معايير تغلفها السياسة بأهوائها وتفرضها متطلباتها.

ولم تكن هذه المعايير غير شكل من أشكال الرقابة الداخلية التى تفرضها السلطة التشريعية على نفسها. وتباشرها بوسائلها، لتقرر على ضوئها من يعتبرون من أعضائها وفق مقاييسها الشخصية ودوافعها المستترة التى تظاهر بها ليس فقط أنصارها؛ بل كذلك خصومها إذا أعوزتها الحاجة إليهم حتى تستقطبهم إلى جانبها، فلا يصوتون لغير الأغلبية البرلمانية تنفيذا من جهتهم لاتفاقاتهم الجانبية معها؛ وإعمالا لتسوية ارتضوها جمعتهم بها فيما وراء الكواليس، فلا تكون إلا صفقة غير معلنة تنهزم بها القيم، وتعلو معها المصالح النفعية على ما سواها، بما يحور إرادة هيئة الناخبين.

٣١٧- ولأن معايير كل من هذين المجلسين فى الفصل فى صحة عضوية أعضائه،تحكمها وتوجهها العوامل السياسية -وتندرج المصالح الحزبية تحتها- فقد كان منطقياً أن تتعارض تطبيقاتها حتى فى حالتين متماثلتين بالنظر إلى أهمية العضو المطعون فى صحة عضويته.

وتلك جميعها مآخذ خطيرة على الفصل فى الطعون الانتخابية البرلمانية. وقد تجنبها دستور ١٩٥٨ بما نص عليه فى المادة ٥٩ من اختصاص المجلس الدستورى دون غيره، بالفصل فى صحة عضوية أعضاء البرلمان إذا أثير نزاع بشأنها.

Le conseil constitutionnel statute, en cas de contestation, sur la régularité de l'election des députés et des sénateures.

٣١٨- ولم يعهد دستور ١٩٥٨ لمجلس الدولة الفرنسى بولاية الفصل فى العضوية بالنظر إلى الطبيعة السياسية التى تغشاها، ولأن البرلمان ما كان ليقبل برقابة على صحة العضوية البرلمانية يتولاها مجلس الدولة الذى ساء ظن البرلمان به منذ الحقبة النابوليونية.

وينبغى أن يلاحظ فى شأن الرقابة القضائية التى يفرضها المجلس الدستورى على الطعون الانتخابية البرلمانية، ما يأتى:

أولا: أن المجلس لا يباشر هذه الولاية إلا بعد انتهاء العملية الانتخابية البرلمانية،وليس قبلها. وهو لا يتدخل فى شأن يتعلق بها إلا إذا نوزع فى صحتها.

بما يغاير بين حدود ولايته هذه، والولاية التى كان يباشرها البرلمان فى شأن العضوية قبل صدور دستور ١٩٥٨. إذ كان لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اختصاص الفصل بقوة القانون فى العملية الانتخابية التى تتعلق به بكامل أجزائها، وبالنسبة إلى أعضائه جميعهم، ولو لم يجر نزاع فى شأنها.

ثانيا: أن المجلس لا يفصل فى صحة العضوية إلا إذا قدم طعن بشأنها من أحد الناخبين أو أحد المرشحين.

Le Conseil ne peut être saisi que par un électeurt ou par une personne ayant fait acte de candidature.

على أن يكون مفهوما أن المقيدين فى جداول الدائرة الانتخابية المطعون فى صحة انتخاباتها. يعتبرون ناخبين. ويدخل فى إطار المرشحين ليس فقط من قُبِل طلب ترشيحهم بتسجيله، ولكن كذلك هؤلاء الذين لم تقبل السلطة المختصة طلبهم بالترشيح حتى يتسنى لهم تجريح قرار هذه السلطة. ولا يعتبر مرشحا من لم يملأ أوراق الترشيح بعد حصوله عليها من السلطة المختصة([1]).

ثالثا: لا يجوز أن يفصل المجلس فى طعون غير مستوفية لشكليتها. وهى تكون كذلك إذا لم تكن موقعاً عليها؛ أو كانت لا تعرض وقائعها بصورة كافية، أو تُجهل بأسبابها([2])، أو كان

([1]) C.C. 22- mars 1973, R.p. 59; C.C. 26 Juillet 1968, R.p. 34; C.C. 7 Nov. 1968, R.p//14; C.C. 13 Nov 1970, R.p. 51; C.C. 12 Dec 1958, R.p; 82. C.C. 13 dec. 1970 R.p. 51.

([2]) C.C. 88- 1121, 13 juil, 1988. R.p. 118; C.C. 88 -1053. 13 juil. 1988, R.p. 103.

موضوعها لا يقتصر على الطعن فى صحة العضوية البرلمانية. ويتعين بالتالى أن يقدم الطعن بأكبر قدر من التحديد حتى لا ينصرف إلى الطعن فى العملية الانتخابية برمتها،أو إلى النواب والشيوخ جميعهم، أو إلى نتيجة الاقتراع فى مدينة بأكملها([1]).

رابعا: أن الطعن لا يكون مقبولاً، ما لم يحدد الطاعن بصورة قاطعة اسم من ينازع فى صحة عضويته من أعضاء البرلمان؛ والدائرة الانتخابية التى أعلن فوزه فيها، وأن يكون مقصده من الطعن، إبطال نتيجتها([2]). على أن المجلس يقبل الطعن فى مشروعية مرسوم الدعوة إلى الاقتراع على المرشحين باعتباره طلبا عارضا تابعا لطلب أصلى، هو المنازعة فى فوز عضو فى دائرة انتخابية بذاتها([3]).

خامسا: لا ينظر المجلس فى غير الطعون التى تودع طلباتها خلال مهلة الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة الانتخاب، وهى المهلة المنصوص عليها فى المادة ٣٣ من الأمر الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٥٨. ولا تقبل بالتالى الطعون الانتخابية التى تودع قبل بدء سريان هذا الميعاد.

سادسا: وفى الحدود المتقدم بيانها، يختص المجلس بالفصل النهائى فى كل خلل يشوب العملية الانتخابية فى كافة مراحلها، ولو كان الفصل فى صحة مرحلة منها، مما يدخل فى اختصاص جهة قضائية أخرى.

Le Conseil peut trouver des irrègularités dans toutes les opérations conduisant à l'élection, même si ces opérations peuvent faire l'objet d'autres recours.

ومن ثم يفصل المجلس نهائيا فى كافة التدابير المؤثرة فى العملية الانتخابية حتى مع التسليم بأن للسلطة القضائية اختصاص الفصل فى صحة القيد بالجداول الانتخابية. ذلك أن تحوير هذه الجداول، يؤدى بالمجلس إلى إبطال العملية الانتخابية ذاتها. وتنطبق هذه القاعدة نفسها بالنسبة إلى اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل فى كل خلل يتطرق إلى عملية تسجيل المرشحين. ذلك أن قرارات المحكمة الإدارية فى هذا الشأن، يجوز استئنافها أمام المجلس الدستورى([4]).

([1]) C.C. 88- 1038, 13 juil 1986, R.p. 96; C.C. 27 avril 1978, R.p. 59.
([2]) C.C. 24 mai 1963, R.p. 78; C.C. 17 mai 1978, R.p. 88; C.C. 8 Janv. 1963, R.p. 41.
([3]) C.C. 88- 1030, 21 juin 1988, R.p. 80.
([4]) C.C. 2 Juin. 1967, 11 Juillet 1967 et 27 Janv. 1972.

ذلك أن المجلس يفصل –وبمقتضى المادة ٤٤ من الأمر الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧– فـــى كافة شئون العملية الانتخابية التى لها صلة بالطعن، وكذلك فى الدفوع المتعلقة بها. وهـــو بذلـــك القاضى الوحيد فى هذه الشئون، وفقا لنص ٥٩ من الدستور([1]).

ولأن المجلس يفصل فى هذه الطعون –وعلى ما تنص عليه المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧– بما يحيط بكل مسائلها ودفوعها؛ فإن مفهوم المسائل الأولية التى تحيلها جهـــة قضائية إلى غيرها، وتتربص حكمها فيها، لا يتحقق فى الطعون الانتخابية التى يختص المجلـــس دون غيره بالفصل فى كافة جوانبها.

ومع ذلك أخرج المجلس من ولايته، نوعين من الدفوع([2]).

* دفوع يوجهها الطاعن إلى قانون قائم أثر فى العملية الانتخابية، ويتوخى بها إبطال هـــذا القانون لمخالفته الدستور. ذلك أن المجلس يتقيد بالقانون المعمول به أيا كان محتـــواه. ويؤسـس المجلس ذلك على أنه يفصل فى الطعون الانتخابية البرلمانية، باعتباره قاضيها، وليـــس قاضيـــا للفصل فى دستورية القوانين عن طريق دفع فرعى يوجه إليها Par voie d` exception. وكـــان أولى بالمجلس أن يفصل فى دستورية كل قانون يؤثر فى سير العملية الانتخابية، وأن يستند فـــى ذلك إلى المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧ التى تخول المجلس ولاية النظر فـــى كافة المسائل والدفوع التى ترتبط بالطعن.

([1]) طبقا لهذه المادة: يفصل المجلس الدستورى الفرنسى –فى حالة المنازعة– فى الســـير المنتظـــم لانتخابـــات النواب والشيوخ.

([2]) C.C. 88- 1046, 21 oct 1988. R.p. 161.

هذا وينتقد Dominique Rousseau هذا الاتجاه ويقرر أنه كان أولى بالمجلس أن يفصـــل فـــى دســـتورية القوانين التى يطعن عليها بطريق الدفع إذا كان لها من أثر على سير العملية الانتخابية، وأن يركن فى ذلك إلـــى نص المادة ٤٤ من المرسوم الصادر فى ١٩٥٨/١١/٧ التى تخول المجلس النظر فى كافة المســـائل والدفـــوع التى ترتبط بالطعن. ص ٢٩٩ من المرجع السابق.

* دفوع غايتها الطعن فى أثر تدخل رئيس الجمهورية فى تحوير نتيجة العملية الانتخابية بعد انتهائها. وكان يجب علي المجلس أن ينظر فى أثر تدخل رئيس الجمهورية فى شئون العملية الانتخابية، وعلى الأخص من خلال الضغوط التى يكون قد باشرها لصالح أحد المرشحين([1]).

ثامنا: لا يقبل المجلس الطعون الانتخابية التى تقدم بعد انقضاء العشرة أيام التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية([2])، ولا الطعون التى تقدم إلى البرلمان. بل يتعين تقديمها إلى أمانة المجلس أو إلى العمدة. وفيما يتعلق بالأقاليم الواقعة فيما وراء البحار، إلى من يتولى شئون الحكم فيها.

ويعتبر غير مقبول بالتالى كل طعن يقدم إلى رئيس المجمع الانتخابى لأعضاء مجلس الشيوخ أو إلى رئيس الجمعية الوطنية([3]).

ولا يجوز بعد انقضاء الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية -وهى المهلة المنصوص عليها فى المادة ٣٣ من الأمر الصادر فى المادة من الأمر الصادر ١٩٥٨/١١/٧- أن يحور الطاعن من مضمون طعنه الأصلى، وإن جاز أن يفصل أسبابه ويطورها.

تاسعا: لا يفصل المجلس فى غير نزاع يتعلق بصحة عضوية نواب الجمعية الوطنية، أو أعضاء مجلس الشيوخ بما مؤداه:

* إذا تم الانتخاب على دورتين، فإن النزاع حول صحة العملية الانتخابية، لا يجوز أن يقتصر على دورتها الأولى، وإن جاز الطعن على سير العملية الانتخابية فى هذه الدورة وصولاً لإبطال ثانيتهما([4]).

([1]) عملا بنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسى، لا يجوز مساءلة رئيس الجمهورية عن الأعمال التى يأتيها أثناء مباشرته لوظيفته، إلا فى حالة الخيانة العظمى Qu' en cas de haute trahision وتفصل محكمة العدل العليا La haute cour de justic فى هذه المسئولية أو تخلفها، انظر فى اختصاص المجلس فى الفصل فى الطعون الانتخابية تعليق لوشير على نص المادة ٥٩ من الدستور الفرنسى.

Lauchaire, commentaire à l'article 59 de la Constitution, in la Constitution de la Republique Française, 2e edition, Economica pp.1101-1106

([2]) C.C. 88 - 1121, 13 Juillet, 1988, R.p. 118.

([3]) C.C. 88- 1033, 13 Juil. 1988, R.p. 89.

([4]) C.C. 88- 1040/1054, 13 Juil. 1988, R.p. 97.

* أن المجلس لا يفصل فى نزاع قدم إليه من أحد المرشحين، إذا كان ما يتوخاه هو الحصول على جزء من الأموال التى أنفقها فى الحملة الانتخابية بعد حصوله على الحد الأدنى من الأصوات فى الدائرة التى خاض انتخاباتها.

ويقول Luchaire فى ذلك، إن قضاء المجلس حول هذه النقطة فى طريقه إلى التطور. ذلك أن المجلس نظر فى أحيان كثيرة فى طعون لا تبتغيا تجريح صحة العضوية، ولكنها تقتصر على طلب المرشح إعادة فرز الأصوات فى الدائرة الانتخابية التى دخل معركتها للتحقق من حصوله على ٥% من الأصوات المعطاة فيها، بما يخوله فى النهاية حق الحصول على جزء من مصروفاته التى أنفقها خلال الحملة الانتخابية. وفى قرارين أصدرهما المجلس أولهما فى الأول من يونيو ١٩٧٣ وثانيهما فى ٧ نوفمبر ١٩٨٤، رفض طلبين من هذا القبيل، ملاحظا أن المرشح لم يرم عملية فرز الأصوات بخطأ شابها، وهو ما يدل ضمنا على أن المجلس قد ينظر فى الطلب إذا وجد هذا الخطأ(1).

عاشرا: ويحق للمجلس إجراء تحقيق فى شأن الكيفية التى أديرت بها العملية الانتخابية فى الدائرة محل الطعن؛ ويخطر الطاعن وخصمه بنتيجة هذا التحقيق، ولهما أن يبديا ملاحظاتهما كتابة فى شأنه، وخلال ثلاثة أيام من إخطارهما بنتيجة التحقيق. وتقف إجراءات الطعن إذا تخلى الطاعن عن طعنه دون اعتراض من المطعون عليه. ولا يعتبر نزولاً عن الطعن مجرد عدم رد الطاعن على المذكرة التى قدمها المطعون ضده.

حادى عشر: ليس للطعن فى العملية الانتخابية أثر موقف Effet suspensif وإنما يظل عضو البرلمان المنازع فى صحة عضويته -وإلى أن يقرر المجلس الدستورى بطلانها- قائما بوظيفته، ومتمتعا بكافة الحقوق التى تخولها العضوية إياه. فإذا أبطل المجلس عضويته، تعين إخطار البرلمان بذلك لإجراء مقتضى هذا الإبطال.

ثانى عشر: مؤدى الطبيعة القضائية للطعن فى العملية الانتخابية، مواجهة الخصوم فى الطعن الانتخابى بعضهم لبعض، وكذلك تكافؤ أسلحتهم، على نحو يخول كلا منهم أن يمثل بمحام يتولى الدفاع عن موكله كتابة لا شفاها. ومن المفترض فى الطعن أن يقدم كتابة إلى المجلس، وأن

---

(1) Luchaire. ibid, pp.1103.

يكون للعضو المطعون فى صحة عضويته، حق الرد على صحيفة الطعن، ولخصمه أن يعقب على رده، وذلك كله خلال المواعيد التى يحددها الأمين العام لهذا المجلس. ولطرفى الطعن، حق الاطلاع على كافة الأوراق التى تتصل بالعملية الانتخابية، بما فى ذلك أقوال وزير الداخلية.

ثالث عشر: ويبطل المجلس نتيجة العملية الانتخابية أو يصححها. وهو لا يبطل العملية الانتخابية فى أجزائها المطعون عليها، إلا إذا كان سيرها بالمخالفة للقانون، منتهيا إلى تغيير نتائجها.

وهو بذلك يركز على مصداقيتها La sincérité du resultat، أكثر من تركيزه على القيم الخلقية التى دارت العملية الانتخابية فى إطارها.

وقد حمل ذلك المجلس على أن يضمن قراره الفاصل فى الطعن، المآخذ التى ارتآها على العملية الانتخابية، والتى لا يصل مداها إلى حد إبطالها. وهو ما يعنى أن تظل كثيراً من نصوص القانون الانتخابى بغير جزاء، كتلك التى تحظر مجاوزة الدعاية للحدود المنصوص عليها فى هذا القانون.

وما إذا كان مقيدا في القوائم الانتخابية([1]). ويفصل المجلس في الطعون الانتخابية البرلمانية بمراعاة أمرين:

أولهما: تحديد الأعمال التى رماها الطاعن بالتأثير في العملية الانتخابية.

ثانيهما: تقرير ما إذا كان لهذه الأعمال من الأثر على العملية الانتخابية بما يسوغ إبطالها.

ومن قبيل الأعمال المؤثرة في العملية الانتخابية، طريقة تنظيمها وكيفية إجرائها،بشرط أن يكون عوارها جسيما بما يخل بمصداقيتها، وينال من حق الاقتراع، سواء بالنظر إلى درجة الأهمية التي بلغتها مثالبها؛ أو على ضوء تنوعها، وتعدد صورها.

وعلى الطاعن أن يقيم الدليل على أوجه مخالفة العملية الانتخابية لضوابطها، وإن تعذر عليه أحيانا أن يبرهن بالتحديد الكافي على صور العوار التي أصابتها، كالتدليل على ما وقع في هذه

([1]) C.C. 19 dec. 1968, p.15g.

العملية من ضغوط، وما أحاطها من دعاية كاذبة، أو مشينة وجهها أحد المرشحين لمنافسيه حتى يفوز من دونهم.

وليس أمام الطاعن بالتالي، إلا أن يقدم من القرائن، ومن الحقائق الجزئية التي تتضامم إلى بعضها البعض، ما يؤكد دعواه.

المبحث الخامس
الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

٣١٩- التصديق على المعاهدة عمل تعبر به الدولة عن القبول بأحكامها ولا يكفى لسريانها فى حقها مجرد توقيعها عليها. وإنما يكون التصديق على المعاهدة تاليا لتوقيعها وواقعاً فى الآجال التى عينها. وبه تدخل المعاهدة فى مرحلة التنفيذ.

ويصدق رئيس الجمهورية على المعاهدة -وباعتباره مسئولاً عن إدارة الشئون الخارجية وتوجيهها فى مستوياتها الأعلى- ولو لم يكن قد تفاوض عليها. وهو لا يلتزم بالتصديق عليها ولو كان قد وقعها.

وكثيراً ما يتولى رئيس الجمهورية عملية التفاوض على المعاهدة الدولية، وعلى الأخص فى الهامة منها. وقد يوقعها ثم يصدق عليها من خلال وثائق التصديق Lettres de ratification التى تدل على القبول بالمعاهدة، والتعهد بتنفيذ أحكامها.

وترفق نصوص المعاهدة ذاتها بأوراق التصديق عليها، أو الانضمام لها. بيد أن انفراد رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدة، صار اليوم من خصائص النظم الأوتوقراطية Les regimes autoritaires التى كانت قائمة فى بعض الدول كاليابان قبل ١٩٤٨ وألمانيا النازية وكذلك النظم الديكتاتورية المعاصرة.

وصار للبرلمان اليوم دور فى التصديق([1])، وعلى الأقل بالنسبة إلى أنواع بذواتها من المعاهدات الدولية، هى التى حددها الدستور حصراً. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من الدستور الفرنسى من أن التصديق على المعاهدة أو إقرارها لا يجوز بغير قانون إذا كان موضوعها يتعلق بالسلم أو بالتجارة وكذلك إذا تعلق موضوع المعاهدة أو الاتفاق الدولى بتنظيم دولى، أو بفرض أعباء على مالية الدولة، أو بتعديل نصوص من طبيعة تشريعية،أو بحالة الأشخاص، أو بالتنازل عن إقليم، أو بإبدال إقليم بإقليم، أو ضم إقليم إلى غيره. ففى هذه الأحوال

([1]) من ذلك ما ينص عليه الدستور الأمريكى من وجوب حصول رئيس الجمهورية على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ With the advice and consent of the senate قبل الدخول فى المعاهدة.

جميعها لا يكون للاتفاق أو للمعاهدة من أثر قبل التصديق عليها أو إقرارها I Lne prennent effet .qu` aprés avoir été ratifiées ou approuvés

ولا يعتبر خروج القانون على اتفاق أو معاهدة دولية، خروجاً على الدستور.([1]) ذلك أن المعاهدة الدولية إما أن تكون فى مرتبة القانون، وقد تعلو القانون، إلا أن مرتبتها لا تصل إلى قوة الدستور([2]).

وفى فرنسا –وعملا بنص المادة ٥٤ من الدستور– يختص مجلسها الدستورى بمراجعة دستورية المعاهدة، إذا قدم إليه طلب بذلك من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول، أو من رئيس الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ.

بيد أن حق الطعن على دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولى، لم يعد مقصوراً على هؤلاء الأشخاص بعد تعديل الدستور الفرنسى فى ١٩٩٢/٦/٢٥.

وإنما صار لستين نائباً أو لستين شيخاً حق الطعن فى دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولى، شأنهما فى ذلك شأن المعاهدة أو الاتفاق الدولى فى ذلك، شأن القوانين غير العضوية من حيث تساويها فيمن لهم حق عرضها على المجلس للفصل فى دستوريتها. وعملا بنص الماد ٥٤ من الدستور، إذا عرض أمر معاهدة أو اتفاق من طبيعة دولية على المجلس للفصل فى دستوريته؛ ثم تبين لهذا المجلس مخالفة شرط أو بند فى المعاهدة أو الاتفاق لأحكام الدستور؛ فإن قانون التصديق عليها أو إقرارها، لا يجوز أن يصدر إلا بعد تعديل الدستور.

وقد دل التطبيق العملى لنص المادة ٥٤ من الدستور قبل تعديله فى ١٩٩٢/٦/٢٥، على أن السلطتين الوحيدتين اللتين عرضتا المعاهدات الدولية على المجلس للفصل فى دستوريتها، كانتا رئيس الجمهورية والوزير الأول، رغم مسئوليتهما عن التفاوض على المعاهدة وتراضيهما على أحكامها، مدفوعين فى ذلك أحيانا برغبتهما فى تقليم أظافر المعارضة، وإجهاض محاولتها وصم

([1]) C.C. 74-54 D.C., 15 janv. 1975, 19; C.C., 89-268 D.C., 29 dec 1989, R.p. 110.

([2]) تنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسى على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التى تم إقرارها أو التصديق عليه، يكون لها من وقت نشرها قوة تعلو القانون بشرط التحفظ بتطبيقها من قبل الطرف الآخر.

Sous réserve, pour chaque accord au traité, de son appliction de l'autre partie.

المعاهدة المعروضة على البرلمان، بمخالفة الدستور؛ وحرمانها بالتالى من فرصة نقضها، ولضمان تمريرها فى النهاية بعد أن يؤكد المجلس دستوريتها، سواء فى الأسس التى تقوم عليها، أو على صعيد نطاق تطبيقها، أو أغراضها.

وليس فى الدستور الفرنسى نص يحدد ميعاداً حتميا لا يجوز بعد انقضائه، أن يتدخل المجلس للفصل فى دستورية المعاهدة؛ وإن كان من المفترض أن يراجعها بعد توقيعها وقبل تصديق البرلمان عليها؛ وذلك كلما كان هذا التصديق موقوفاً على قرار المجلس بمطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وثمة فوارق رئيسية بين الرقابة التى يباشرها المجلس على دستورية القوانين العادية وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور، وتلك التى يمارسها فى شأن دستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من هذا الدستور. وهى فوارق تظهر من النواحى الآتى بيانها:

أولا: أن مهلة الشهر المنصوص عليها فى المادة ٦١ من الدستور للفصل فى دستورية القوانين العضوية والعادية، والتى يجوز إنقاصها إلى ثمانية أيام فى حال الاستعجال، لا مقابل لها فى نص المادة ٥٤ من الدستور التى يفصل بمقتضاها فى دستورية المعاهدة. وليس من الجائز قياس الصورة الثانية على الصورة الأولى، وإخضاع دستورية القوانين والمعاهدات الدولية لمهلة واحدة، يفصل خلالها المجلس فى دستوريتها. ذلك أن حتمية الميعاد تفترض وجود نص صريح بها.

ثانيا: أن المراجعة القضائية لدستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من الدستور، لا تقتصر على بعض نصوصها. وإنما يفصل المجلس فى دستورية أحكامها جميعها من تلقاء نفسه D'office.

ولا كذلك القوانين العادية. ذلك أن المجلس لا يفصل كأصل عام فى غير دستورية النص القانونى المطعون فيه، وإن ترخص فى النظر فى كافة أحكامه، إذا اقتصر الطعن على بعض أجزائه.

ثالثا: إذ يفسر المجلس نصوص القوانين المطعون عليها تفسيراً قضائياً فإنما يقيد بذلك السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين صنعتا القانون، أو تقومان بتنفيذه. ولا كذلك المعاهدة الدولية

ذلك أن أطرافها يختصون بتحديد مضمونها. وليس أمام المجلس بالتالى غير خيار وحيد هـو أن يقرر -على ضوء هذا المضمون- مطابقتها أو مخالفتها للدستور.

رابعاً: أن المجلس لا يوجه قراره بعدم دستورية المعاهدة إلى المشرع، بل إلـى السلطة التأسيسية التى يدعوها لتعديل الدستور وفق أحكام المعاهدة.

وهو فى ذلك لا يعطيها أية نصيحة حول كيفية إجراء التعديل، ولا ينبهها حتى إلى أحكـام المعاهدة المخالفة للدستور.

ذلك أن السلطة التأسيسية سيدة نفسها. وهى التى تحدد خياراتها فى الكيفية التى يعدل بـها الدستور بما يوفق أحكامه مع المعاهدة. وكلمتها فى ذلك هى العليا. وعلى المجلس أن ينزل علـى قرارها حتى لا يتهم بتحوله إلى حكومة من القضاة.

ولا كذلك القوانين التى يقرر مخالفتها للدستور، إذ يوجه المجلس قراره فى هذا الشأن إلـى المشرع. ويبين فى منطوق قراره، النصوص التى اعتورها البطلان، ويفصح فى أسـبابه عـن الكيفية التى يعدل بها القانون حتى يطابق الدستور.

ذلك أن خضوع المشرع للدستور قاعدة مطلقة لا استثناء منها. ويعمل المجلس على ضمـان هذا الخضوع وتوكيده. وكان منطقياً أن يوجه المشرع إلى الطريقة التى يصحح بها خطأه.

خامساً: ويتعلق الفارق الأخير بين عدم دستورية المعاهدة وعدم دستورية القانون، فى أثـر الحكم بعدم الدستورية. ذلك أن قرار المجلس بعدم دستورية قانون، مؤداه ألا يصدر إلا بعـد أن يعدله المشرع بما يوفق أحكامه مع الدستور. ولا يعدل المشرع غير النص المناقض للدستور.

وإلى أن يعدل المشرع ذلك النص، ويصدره رئيس الجمهورية، ليس ثمة نص قانونى يجوز تطبيقه قانوناً.

ونقيض ذلك قرار المجلس بعدم دستورية المعاهدة. ذلك أن هذا القرار لا يلغيـها أو يزيـل وجودها. فالمعاهدة المخالفة للدستور لا تعدل، ولكن الذى يعدل هو الدستور. وفى هذا الإطار قرر

المجلس أن قانون التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبى union européenne ' لا يجـوز أن يصدر قبل تعديل الدستور([1]) Ne peut intervenir qu' après la révision de la constitution.

سادسا: ويفصل المجلس –وعملاً بنص المادة ٥٤ من الدستور– فى دستورية كـل تعـهد دولى. وهو تعبير وإن كان مشوباً بالغموض؛ إلا أن كل اتفاقية دولية مما ورد حصراً بنص المادة ٥٣ من الدستور([2])، تندرج فى إطار التعهد الدولى،وتشملها ولاية المجلس الذى يقرر ما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية مما يجوز التصديق عليها أو إقرارها بقانون، أم أن تعديل الدسـتور يتعين أن يكون سابقا على صدور هذا القانون.

فإذا لم تكن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تقتضى تدخل البرلمان للتصديق عليها، أو لإقرارها بقانون؛ فإن المراجعة القضائية التى يتولاها المجلس تنحسر عنها.

([1]) Dominique Rousseau. Droit de contentieux constitutionnel. 3e édition, pp. 167- 169.

([2]) تنص المادة ٥٣ من الدستور الفرنسى على أن المعاهدات المتعلقة بالسلم أو بالتجارة وكذلـك المعـاهدات أو الاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولى أو التى ترتب التزامات مالية على الدولة، أو التى تعـدل نصوصـا مـن طبيعة تشريعية أو التى تتعلق بحالة الأشخاص، أو التى تشتمل على تنازل عن الإقليـم أو تبـادل أو إضافـة للإقليم، لا يجوز التصديق عليها أو الموافقة عليها بغير قانون. ولا يكون لها من أثر قبل هـذا التصديـق أو تلك الموافقة.

المبحث السادس
الطبيعة القانونية للمجلس الدستورى

٣٢٠- ثار التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستورى، هيئة قضائيــة دســتورية. وهــو تساؤل يطرح جدلا فقهيا حول طبيعته التي لا يعنى الدستور بالخوض فيها، دالا بذلك على أن مــا ينبغي التركيز عليه، هو حقيقة المهام التي يتولاها؛ والوسائل التي ينتهجها في تحقيق الأغــراض التي يقوم عليها.

ومن ثم كان الجدل حول هذا الموضوع حوارا بالكلمة بقصد الإقناع بوجهة نظر معينة أيــا كان حظها من الصواب.

وإذا أردنا أن نخوض مع الخائضين من الفقهاء؛ فان تعمق حججهم يقودنا إلــى اتجــاهين رئيسيين أحدهما يقول بالطبيعة القضائية لهذا المجلس؛ وثانيهما: يراه من طبيعة سياسية؛ فلنتــأمل إذا ما يقولون، ونديره بأنفسنا علي حكم العقل، لنصل إلى ما نراه صوابا من أقوالهم.

المطلب الأول
القائلون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس

٣٢١- يستند هؤلاء إلى أن المجلس يفصل فيما يطرح عليه من أوجه النزاع،علي ضــوء قواعد قانونية يستخلصها وينزلها عليه De dire le droit.

وهو يعمل لتحقيق سيادة الدستور من خلال الفصل فيما يدعي به من تعارض بين القــانون والدستور، وبين معاهدة دولية والدستور؛ أو بين لائحة برلمانية والدستور.

فلا يتحول بوجهه عن القاعدة الأعلى التي يمثلها الدستور، علي تقدير أن كلمته هي العليا.

وكلما عرض نزاع علي المجلس مما يدخل في ولايته، فصل فيه في إطــار مــن تكــافؤ الفرص بين الخصماء، سواء في ذلك من يؤيدون النصوص المطعون عليها، أو مــن ينتقدونــها وحتى في الأحوال التي لا يتوافر فيها عنصر النزاع، كالفصل في دستورية القوانين العضوية قبل إصدارها؛ واللوائح البرلمانية قبل تطبيقها؛ فان العملية العقلية التي يجريها المجلس في مجال تقييم

هذه القوانين وتلك اللوائح؛ هي ذاتها التي يستدعيها فى الطعون التي تقدم في شان القوانين العادية، والتي يعرضها عليه الأشخاص المشار إليهم في الفقرة/٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ وجميعهم ذوو مصلحة في إبطال النصوص القانونية التي يعارضونها.

وليس أدل علي الصفة القضائية للمجلس، مما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من أن النصوص التي يقرر المجلس عدم دستوريتها، لا يجوز إصدارها.

المطلب الثاني
القائلون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس

٣٢٢ – والقائلون بالطبيعة السياسية -لا القضائية- للمجلس([1]) يفسرون ذلك بأن الطريقة التي يشكل بها؛ وطبيعة المهام التي يتولاها؛ تنفي عنه الصفة القضائية. وقال آخرون بأن المجلس من طبيعة سياسية-قانونية Organ – politico -juridique وأنه يفصل فيما يدخل فى ولايته من المسائل من زاوية قانونية؛ ومن وجهة تقدير سياسية([2]).

ويؤسس هؤلاء وهؤلاء رأيهم على ما يأتي:

١. أن الطبيعة السياسية للمجلس هي النتيجة الحتمية والمنطقية لطريقة تكوينه.ذلك أن أعضاءه يعينهم سياسيون يحتلون فى مناصبهم، أعلي مستوياتها.

وليس شرطا في أعضاء المجلس أن يكونوا مؤهلين قانونا لتولي المهام التي ينهضون بها. وإنما هم رجال سياسة تولوا وظائفهم في المجلس بصفتهم هذه، أو علي الأقل عينهم فيه أصدقاء لهم من السياسيين.

٢. أن هؤلاء الأعضاء لا يراقبون فقط دستورية القانون -وهو التعبير الأعلى عن الإرادة السياسية- ولكنهم يتدخلون -بطريق مباشر أو غير مباشر- في مباشرة السلطة التشريعية بما يجعلهم شركاء فيها.

([1]) Bernard Chenot ,le domaine de la loi et du règlement .P.U.A.M.,1978,P.178;le Conseil Constitutionnel,Académie des Sciences Morales et Politiques,9 Dec.,1985.
([2]) Paul coste - Floret, Dèbats et Avis du C.C.C., doc. Fr ,1960 , p.57.

ذلك أن إصدار القانون إجراء تتم به العملية التشريعية وتصل إلى خاتمتـــها. وإذ يفصـل المجلس في دستورية القوانين قبل إصدارها، فإن تدخله في العملية التشريعية قبل اكتمال حلقاتـــها التي لا يتمها إلا إصدار القانون، يكون ثابتا بغير نزاع، وعلي الأخص علي ضوء ما هو مقـــرر من أن إصدار القانون، يظل موقوفا إلى أن يفصل المجلس في دستوريته.

وكان منطقيا بالتالي ما قرره المجلس من أن رئيس الجمهورية إذ يعيد قانونا إلي الســلطة التشريعية لقراءته مرة ثانية بعد أن حكم المجلس بعدم دستوريته، فإن تصويتها علي القانون بعـد إحالته إليها علي هذا النحو، لا يكون تصويتا علي قانون جديد، وإنما هي مداخلة تشـــريعية فـــى ذات عملية إقرار القانون، وفي مرحلة تكميلية ناجمة عن الحكم بعدم دستوريته([1]) ومن ثم تتم في ذات المرحلة الإجرائية للعملية التشريعية القائمة la procedure legislative en course. أفلا يقـــع المجلس داخل نطاقها..!!

٣. أن المجلس يلعب دورا حقيقيا في عملية صناعة القانون. ذلك أن تدخله إما أ ن يبلـــور شكلا من أشكال الضغط على السلطة التشريعية، وإما أن يهديها إلى ما يكون صوابا في العمليـــة التشريعية. وهو ما دعا الوزير الأول Michel Rocard إلى أن يطلب من معاونيه من الـــوزراء، بذل كل جهد من أجل تنقية القوانين التي يقدمون مشـــروعاتها إلـــى المجلـس، مـــن شـــوائبها الدستورية، حتى ولو كان احتمال عرضها عليه ضئيلاً([2]).

٤. إن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تتوافر فيها ثلاثة شروط:

أولها: أن تباشر للفصل في دستورية قوانين قائمة معمول بها A posteriori من أجل فـرض جزاء علي مخالفتها للدستور؛ وثانيها: وقوع ضرر بالطاعن من جراء سريان النصوص المطعون عليها في حقه؛ ثالثها: أن تباشرها محكمه خاصة أو محكمة من محاكم القانون العام.

ولا كذلك المراجعة القضائية التي يباشرها المجلس، والتي لا تتعلق بقوانين قائمة، وإنمـــا بقوانين لم تصدر بعد A priori.

([1]) C.C.85-197.D.C.,23 août 1985,R.P.70

([2]) مشار إلى هذا الكتاب الدوري الصادر عن الوزير الأول إلى وزارئه في ص ٥٢ من الطبعة الثالثة من مؤلف Domonique Rousseau السابق الإشارة إليه.

وهي كذلك رقابة علي مجموع نصوص القانون، ولا تنحصر بالتالي في تلك التي حددهـــا الطاعن.

والمصلحة في هذا الطعن هى محض ضمان سيادة الدستور التى لا شأن لـــها بالمصلحـــة الشخصية للطاعن([1]).

٥. أن المجلس يقوم بخلق القانون.وتلك عملية سياسية لا نزاع فيها، ويتعذر فصلـــها عـــن عملية تطبيق القانون. ذلك أن تطبيق قضاة الشرعية الدستورية لوثائق الحقوق وللدستور، يفترض تفسيرها. وتلك عملية خلق وإبداع.

٦. أن فصل مسائل القانون عن السياسة قلما يتحقق فى مجـــال الرقابـــة علـــى دســـتورية القوانين. ذلك أن النظر فى القانون، لا يتم من المفهوم الشامل للتجرد والحيدة؛ ولا هو قراءة فـــى الفراغ لأحكامه؛ ولا هو تصور موضوعى لها لا يختلط بالمفاهيم الشخصية لهؤلاء الذين أقروه.

وكل نشاط قضائى تتداخل فيه بالضرورة عوامل سياسية، ويتأثر كذلك بالقيم التـــى ينحـــاز القضاة لها، والتى يحددون من خلالها تلك المبادئ التى يمنحونها قيمة دستورية.

فلا يكون عملهم مجرد ترديد لنصوص القانون؛ ولا لنصوص وثائق إعلان الحقـــوق؛ ولا حتى للدستور القائم. ذلك أن هذه النصوص جميعها لا تنطق من تلقاء نفسها بمضمونها. ولكنـــها تحمل فى إعطافها معانى متعددة يواجهها قضاة الشرعية الدستورية، ويختارون واحدا من بينـــها فى إطار وظيفتهم القضائية([2]). وإن وجب القول بأن كل تفسير للنصوص القانونية، ليس محـــض عملية قانونية، وإنما هو انضمام من قضاة الشرعية الدستورية -ولو بغير وعى منهم- إلى القيـــم التى يفضلونها، وإلى البدائل التى ينحازون إليها. فلا يكون للنص بعد تفسيره، غـــير المضمـــون الذى ألحقه هؤلاء القضاة به. ولئن صح القول بأنهم يتقيدون فى كل تفسير بقراراتـــهم الســـابقة،

([1]) Patrich Juillard, l'amenagement de l'article 61 de la Constitiotion, R.D.P.1974, p 1703.

([2]) وفى ذلك يقرر المجلس الدستورى الفرنسى أن للحكومة أن تحصل على تفويض من البرلمان لاتخاذ تدابـــير تشريعية تكفل بها تنفيذ برنامجها؛ وأن هذا التفويض يجوز، ولو لم يكن البرلمان قد وافق على هذا البرنـــامج. ذلك أن كلمة "برنامج" المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من الدستور، تختلف فى معناها عن كلمـــة "برنـــامج" التى تقابلها فى نفس المادة ٤٩ من الدستور. C.C 76 - 72 D.C., du 12 Janu. 1977, R.P.31

وبتحليل الفقهاء لقضائهم وبرد فعل أحكامهم على الطبقة السياسية، وبمزاج الرأى العام والحالة التى يكون عليها؛ إلا أن عوامل التأثير هذه من طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، وهى تفرض نفسها بطريقة مشابهة على السلطة التشريعية ذاتها.

المطلب الثالث

ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية

٣٢٣- على أن الطبيعة القانونية للمجلس يكشفها:

أولا: أن الرقابة التى يفرضها لضمان الشرعية الدستورية تقتضى النظر قضائياً فى قواعدها بقصد تأصيلها والتخريج عليها، وتحويلها إلى قانون بمعنى الكلمة، مثلما تفعل المحاكم القضائية فى إرسائها لقواعد القانون المدنى. وهو ما نحاه كذلك مجلس الدولة الفرنسى فى بناء قواعد القانون الإدارى.

وقد صار للمحاكم الدستورية جميعها الوزن الأكبر فى الدول التى أنشأتها - لا لأنها تطبق الدستور بصورة جامدة؛ ولكن لأنها تنقل إليه مفاهيم جديدة، وصوراً من التطوير متعددة يكاد يصبح الدستور فى كنفها، غير الدستور فى الصورة التى ظهر بها أول الأمر. وما كان هذا الشكل الجديد للدستور ليتحول إلى شكل ملزم لولا قوة الأمر المقضى التى يكتسبها قضاء الجهة القضائية التى تتولى فرض الشرعية الدستورية.

وربما كان المرجفون الذين يقولون بطبيعتها السياسية، لا يبغون غير الانقضاض عليها، وتقويض حجية قراراتها، وإيهام الآخرين بأنها لا تعمل إلا على المسرح السياسى، وفى إطار الحلبة السياسية التى توجهها الأهواء وتتحكم فيها.

وفاتهم أن الاعتبار الأهم، ليس هو النظر فى الحالة التى كان عليها المجلس حين أنشئ، وإنما تحليل الصورة التى آل إليها من خلال اجتهاده.

والفقهاء فى غالبيتهم يرون أن المبادئ التراكمية التى كفلها هذا المجلس، فى مجال رقابته للدستورية، كان لها -وبالنظر إلى كثرتها وعمقها- أكبر الفضل فى توجيه المشرع إلى ما يعتبر صواباً فى فهم الدستور، وإلى التأثير فى عملية صناعة القانون ذاتها. ولا محاجة بعد ذلك فى القول بالطبيعة السياسية أو القضائية لنشاط المجلس.

المطلب الرابع

ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها

٣٢٤- وسواء كان المجلس جهة قضاء، أم كان حلقة فى الموازين السياسية، فإن السلطة السياسية التى أنشأته، كان يعنيها أن يظل فى الظلام؛ وأن يكون دوره خافتا، وصوته همساً، وكأنه يعمل بين موتى فى المقابر، خاصة إذا كانت السلطة التنفيذية هى مركز الثقل فى موازين القوة فى الحلبة السياسية. فلا يراقبها قضاة الشرعية الدستورية فى تصرفاتها المخالفة للدستور.

وحتى داخل السلطة القضائية ذاتها، فإن محاكمها قد تنظر بتحفظ كبير واسترابة عميقة، إلى جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها كيان دخيل عليها، ووافد جديد لا يجوز أن يقوض عرشها حتى تحتفظ لنفسها بدورها كهيئة تتولى تقليدياً- وبصورة فعلية- ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم.

وزاد من صعوبة الأمر، أن إنشاء المجلس الدستورى، كان يمثل ردة عن مفاهيم تقليدية أساسها أن السيادة للقانون؛ وأن البرلمان هو خير تعبير عن إرادة الجماهير؛ وأن لكل سلطة شرعيتها التاريخية أو الديمقراطية، فيما خلا هذا المجلس الذى نظرت إليه فرنسا منذ عام ١٩٥٨؛ باعتباره مجرداً من هاتين الصورتين من صور الشرعية.

ذلك أن نصوص دستور ١٩٥٨ وحدها؛ هى التى حددت ولايته بصورة ضيقة. والذين أقروه توقعوا أن يكون مجرد منظم للروابط بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

فضلاً عن أن الاتجاه العام فى فرنسا، كان يعارض القبول بتكوين خاص ينفرد بالمراجعة القضائية لدستورية القوانين.

بيد أن هذه الاتجاه، لم يثن المجلس عن المضى قدماً فى مباشرة ولايته وتعميقها إلى أن تسنم ذراها فى عام ١٩٩٠.

وخلال هذه الفترة؛ كان عمل المجلس قائماً على التحوط والمثابرة وتحقيق التوازن، مؤكداً من جديد -ومن خلال قراراته- أن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تتمرد على السلطة التى أنشأتها، وتجاوز توقعاتها.

٣٢٥- وكانت نقطة البداية فى توجه المجلس، هى تركيزه على أن ولايته منحصرة فى الحدود التى قيدها الدستور بها([1]).

La constitution a strictement délimité la competence du conseil constitutionnel

ومن ثم رفض المجلس إبداء آراء استشارية لأية جهة([2]) ولم يقبل كذلك الفصل فى دستورية القوانين التى ووفق عليها فى الاستفتاء تأسيساً على أن القوانين التى تدخل فى ولايته هى فقط تلك التى وافق البرلمان عليها؛ وأن القوانين التى أقرتها الجماهير فى استفتاء عام، تعتبر تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، ولا تشملها ولايته بالتالى([3]).

وقد كان موقفه فى ذلك حكيما حتى لا يدخل فى صراع مع السلطة التنفيذية التى كانت تمثل فى هذا الوقت مركز القوة فى النظام السياسى القائم([4]).

وظهر المجلس بذلك كهيئة حذرة تتحوط فيما تفصل فيه، وتولى احترامها لنصوص الدستور وللشرعية الديموقراطية.

بيد أن المجلس انتقل بعد ذلك من الأناة إلى الإقدام، فخول البرلمان الحق فى أن يشرع فيما وراء حدوده المنصوص عليها فى المادة ٣٤ من الدستور([5])، متخذا من مواد الدستور، ومن نصوص إعلان ١٧٨٩، ومن ديباجة دستور ١٩٤٦، سنداً لقضائه، ومنتهيا إلى اختصاص

([1]) C.C. sep. 1961, R.p. 55.

([2]) يعارض هذا الاتجاه فرانسوا لوشير قائلا بأن من الأفضل أن يباشر المجلس ولايته قبل لا بعد.

Françaís lauchaire: Saisir, le conseil avant plutôt qu' après, le Monde du 23 août 1985.

([3])C. C. 61- 20 D.C., 6 nov., 1962, R.p. 27.

([4]) كان الشعب الفرنسى قد صوت فى الاستفتاء على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية بطريق الاقتراع العام المباشر. وقد طعن رئيس مجلس الشيوخ على هذا القانون مستنداً فى ذلك إلى الفقرة/٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ إلا أن المجلس رفض الفصل فى دستورية القوانين الاستفتائية. وهو ما اعتبره بعض الفقهاء عملاً حكيماً حتى لا يثير حفيظة رئيس الجمهورية -وهو فى هذا الوقت الجنرال ديجول المهيب- إلى حد إلغائه لوجود المجلس ذاته.

([5]) تحدد هذه المادة، المجال المحجوز للقانون.

البرلمان وحده بكافة المسائل التى ترتبط عقلاً بالمجال المحجوز للقانون، أو التى تستنهض تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهى حقل شديد الاتساع([1]).

فضلا عما قرره فى ٣٠ يوليو ١٩٨٢ من أن احتواء قانون أقره البرلمان علـــى نصـــوص لائحية، لا يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، وإن تعين إخراج هذه النصوص من مجال تطبيـــق ذلك القانون([2]).

ثم قفز المجلس خطوة جريئة نحو آفاق بعيدة. وذلك حين كفل بقراره فى ١٦ يوليـــو ١٩٧١ حرية الاجتماع، وقرر أن الحق فى تكوين الجمعية ينبغى أن يكون حراً، وأن تعليق صحتها علـــى قرار سابق -إدارياً كان أم قضائيا- لا يجوز.

وقد أحال المجلس فى تأسيس هذه القاعدة، إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التى تحيل بدورها إلى إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦. ([3])

ولئن كان مجلس الدولة الفرنسى قد قرر هذه القاعدة ذاتها فى ١١ يوليـــو ١٩٥٦([4])؛ إلا أن فضل المجلس الدستورى فى شأنها يتمثل فى القيمة الدستورية التى خلعها عليها؛ وفى أنه صـــار يخوض فيما وراء نصوص الدستور ذاتها، وينظر بالتالى فى ديباجة الدستور والوثائق التى تحيل إليها.

وقد استطاع -ومن خلال هذه الاستراتيجية التى أخطتها- أن يمد بصره إلى آفاق جديـــدة لا نهاية لها، وأن يتخذها مدخلا لتقرير حقوق لا نص عليها فى الدستور كتلك التى تتعلـــق بحريـــة الاجتماع.

وليس أدل على تلك القفزة الهائلة من أن المجلس كان إلى ما قبل إصداره لقراره المتعلـــق بحرية الاجتماع والحق فى تكوين الجمعية بالإرادة الحرة -وهو القرار الصادر فـــى ١٦ يوليـــو

([1]) C.C. 65- 34 L., 2 juil. 1965, R.p. 75; C.C. 73- 51 D.C., 26 dec., 1973, R.p. 25; C.C. 73- 80 L., 28 nov 1973, R.p. 54; C.C. 69- 55 L., 26 juin 1969, R.p. 27; C.C. 82- 142 D.C., 27 juil, 1982, R.p. 52.

([2]) C.C. 82- 143 D.C., 30 juil 1982, R.p. 57.

([3])C.C. 71- 44 D.C., 16 juillet, R.p. 29.

([4]) C.E., 11 juil 1956, Amicables des Annamités de Paris, R.p. 317.

٣٢٦- لا ينظر فى غير الشكل الخارجى للقانون المنازع فيه La regularité externe de la loi؛ ولا يفصل بالتالى فى غير الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه، والتى يندرج تحتها الكيفية التى وزع الدستور بها الاختصاص بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية.

وأما بعد صدور هذا القرار، فإن مضمون القانون أو حقيقة محتواه Le contrôle interne صار كذلك محلا للمراجعة القضائية([1]) مما أتاح لهذا المجلس أن يباشر بصورة مطردة ومتصاعدة، رقابة لا تتقيد بالمفاهيم التقليدية، ولكنها تنتقل منها إلى مفاهيم تغايرها فى نوعيتها، ليظهر المجلس فى النهاية كهيئة لها وزنها، ولا يتصور تجاهلها؛ تفرض رقابتها على البدائل التى اختارها المشرع Le choix du legialateur.

واتساع المراجعة القضائية للبدائل التى يختارها المشرع، كان نقطة البداية فى استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية التى كان يعنيها دوماً أن تفرض من خلال المشرع، خيارتها السياسية التى تؤمن مصالحها.

٣٢٧- وقد ازداد دور المجلس تعاظما بعد تعديل نص المادة ٦١ من الدستور فى ١٩٧٤/١٠/٢١([2]) بما يخول ستين نائبا أو ستين شيخاً، حق الطعن فى نصوص القوانين العادية قبل إصدارها.

وقد تم هذا التعديل بمبادرة من الرئيس جيسكار دستان الذى أعلنه فور انتخابه فى رسالة وجهها إلى البرلمان، متوخياً بها توكيد الطبيعة الليبرالية لنظام الحكم من خلال دعم حقوق المواطنين وحرياتهم.

([1]) لم يكن قرار المجلس الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١ يلور خطاً فاصلا بصورة قاطعة بين الرقابة على العيوب الشكلية من جهة والعيوب الموضوعية من جهة أخرى. ذلك أن المجلس فصل قبل هذا التاريخ فى عيوب موضوعية كتلك التى تتعلق بمخالفة القانون لقاعدة عدم جواز عزل القضاة. وهى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٤ من الدستور. ولكن الجديد فى تطور المجلس هو الانتقال النوعى فى مجال الرقابة من مفاهيم محدودة إلى مفاهيم شاملة.

([2]) انعقد مجلس البرلمان فى شكل مؤتمر وأدخل تعديلاً على المادة ٦١ من الدستور بالأغلبية المطلوبة. وهى ثلاثة أخماس أصوات الأعضاء الحاضرين.

وكذلك تعديل وإعادة تشكيل الروابط بين الأغلبية والمعارضة. وقد كان مشـــروع التعديــل -في صورته الأولى- متضمنا اقتراحين:

<u>أحدهما</u>: أن يتولى المجلس من تلقاء نفسه، الفصل فى دستورية القوانين التـــى يظـــهر لـــه إخلالها بالحريات العامة التى يكفلها الدستور.

<u>Des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la constitution.</u>

<u>وثانيهما</u>: أن يكون لعدد من البرلمانيين الطعن فى القوانين التى يقرها البرلمان.

إلا أن الأغلبية البرلمانية والمعارضة على حد سواء لم تقبلا بالاقتراح الأول بالنظر إلى ما تصوراه من أنه يخول المجلس فرض نوع من الوصاية على أعمال البرلمان.

وأما الاقتراح الثانى، فقد قبل بعد نقاش مرير حول عدد البرلمانيين الذين يخولهم الدســتور النفاذ إلى المجلس الدستورى للطعن فى دستورية القوانين.

وأيا كان الأمر، فإن التعديل -فى الصورة التى آل إليها- برهن على القوة المتصاعدة التــى صار المجلس يحتلها، والوزن الكبير للمكانة التى حظى بها، والتى لم يعد معها ثمة محل للنظـــر فى إلغاء وجوده أو خفض ولايته.

ومن ثم كان الحرص على دعمها علامة فارقة فى تاريخه، خاصة وأن المعارضة -ومنــذ إقرار التعديل- لم تأل جهداً فى أن تحمل إلى المجلس، القوانين التى تقدر مخالفتها للدستور.

وهى بموقفها هذا تعلن لجموع المواطنين عن عزمها على إرساء الشرعية الدستورية بكــل الوسائل القانونية التى تعارض بها سياسة تشريعية قائمة، حتى إذا تحقق لها الفوز فى نعيها علــى القانون مخالفته للدستور، دل ذلك على مصداقيتها، وأنها لم تقصد مجرد تجريح الأغلبية البرلمانية لأغراض حزبية، بما يعزز مكانتها، ويزيد من اطمئنان المواطنين إليها فيمنحونها ثقتهم.

ولم يكن لجوء المعارضة إلى المجلس خياراً لها تأخذ به أو تطرحه. ذلك أن انتقادها بعض القوانين أثناء مناقشتها فى البرلمان، كان يلزمها بالتوجه إلى المجلس للفصل فى دســتوريتها، وإلا صار تعييبها لها ملونا بالأغراض السياسية.

وكثيراً ما ضاق المجلس بالمطاعن التى غلفتها الأهواء السياسية، وقرر فـى وضـوح أن المراجعة القضائية التى يباشرها لا تتوخى تعويق السـلطة التشـريعية، أو تعطيـل مباشـرتها لوظائفها، وإنما ينحصر هدفها فى ضمان اتفاق القوانين التى تقرها مع الدستور(١).

وكان الفقهاء كذلك أحد العوامل المؤثرة فى نشاط المجلس، كلما كان سعيهم لتطويره مؤديـا إلى انفتاح آفاق جديدة لاجتهاداتهم التى يقومون فيها بتحليل قضاء المجلس مـن منظـور القيـم الجديدة التى كفلها، والمفاهيم الدستورية التى أرساها، والحقوق التـى تسـتنبط منـها، ومـن أن الدستور صار وثيقة قانونية تفرض منطقها على فروع القانون جميعها(٢).

ومنذ أن أصدر المجلس قراره فى ١٦ يوليه ١٩٧١ فى شأن حريـة الاجتمـاع، نظـرت الصحافة إلى المجلس باعتباره ملاذا أخيراً للشرعية الدستورية، وصمام أمن فى مواجهة طغيـان السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومناراً لطرائقهم فى العمل، ولم يكن دور الصحافـة فـى ذلـك محدوداً.

---

(1) C.C. 85- 197 D.C., 23 aout 1985, R.p. 70.

(2) Louis Favoreau, L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs 1980, no. 13, p. 23.

المبحث السابع
لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم فى فرنسا

٣٢٨- كان الرئيس فرانسوا ميتران قد أعلن فى ١٤ يوليه ١٩٨٩ -وأمام رجال الصحافة- عن اعتقاده بضرورة تعديل الدستور بما يخول كل مواطن حق الطعن فى دستورية القوانين إذا قدر إخلالها بحقوقه الأساسية S'il estime ses droits fondamentaux méconnus.

وقد حرص مشروع التعديل على ضمان تحقيق الرقابة القضائية اللاحقة من خلال مبدأين:

أولهما: الطعن غير المباشر فى القوانين بعد العمل بها. ثانيهما: التصفية الثنائية للدفوع بعدم دستوريتها La saiaine indirecte et un double filtirage.

ففيما يتعلق بالطعن غير المباشر فى القانون، لم يخول مشروع التعديل كل شخص -طبيعياً كان أم معنوياً، وطنيا أم أجنبيا، من القطاع العام أو الخاص- حق اللجوء مباشرة إلى المجلس للطعن فى دستورية قانون بعد صدوره. وإنما يتعين أن يكون هذا الطعن من المسائل الأولية التى يرتبط الفصل فيها بالفصل فى نزاع قائم إذا قدر القاضى تطبيق هذا القانون فيه.

ومن ثم كان حق الطعن مكفولاً لكل شخص كان طرفاً فى نزاع يبغى الفصل فيه من خلال وسيلة دفاع جديدة يبديها، ويؤمن بها حقوقه الأساسية التى أخل بها القانون المطعون فيه، سواء أقر البرلمان هذا القانون قبل أو بعد ١٩٥٨.

وقد دل مشروع التعديل بإحالته إلى حقوق الشخص الأساسية التى أخل بها القانون المطعون فيه، على أن مضمون القانون هو محل النعى، وأن الأشكال التى يجب أن يفرغ القانون فيها، وكذلك مجاوزة ضوابط الفصل بين المجال المحجوز لكل من القانون واللائحة، يتعين استبعادها من نطاق الرقابة القضائية اللاحقة.

وفيما يخص تصفية الدفوع بعدم دستورية القوانين على مرحلتين، فإن البين من مشروع التعديل أن أولاهما تتم أمام المحاكم العادية فى الأعم من الأحوال[1] التى يتعين عليها أن تتحقق

---

[1] عملاً بمشروع التعديل، يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم إدارية كانت أو قضائية.

من أن القانون المدفوع بعدم دستوريته، يرتبط بالنزاع المعـروض عليـها؛ ومـن أن المجلـس الدستورى لم يكن قد قضى من قبل بمطابقة هذا القانون للدستور؛ ومن أن المناعى الموجهة إلـى القانون لها وجاهتها، فلا تبدو مفتقرة إلى أسسها بصورة واضحة Ne paraît pas manifestement infondée.

فإذا ظهر للمحكمة تحقق هذه الشروط جميعها، كان عليها أن تحيل المسائل الدستورية التـى أثارها الدفع المطروح عليها، إما إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض على ضوء طبيعة هـذه المسائل، وما إذا كانت تدخل فى اختصاص هذه الجهة أو تلك.

وتفصل كل من هاتين الجهتين -فى حدود ولايتها- في الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليـها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر.

فإذا بان لها جديتها Le caractère serieux، أحالتها إلى المجلس الدستورى ليقـرر خـلال ثلاثة أشهر كذلك صحة القوانين المطعون عليها أو مخالفتها للدستور.

فإذا قرر مطابقتها للدستور، فإنها تستعيد قوة سريانها التى كان الدفع قد أوقفها. فـإن كـان قرار المجلس هو مخالفتها للدستور، تعين الامتناع عن تطبيقها.

٣٢٩- وقد كان لمشروع التعديل بعض المزايا أهمها عدم إثقال كاهل المجلس بطعـون لا طائل وراءها، ولا فائدة منها بالنظر إلى خلوها من العناصر التى تكفل جديتها.

فلا تعطل الدفوع بعدم الدستورية عمل المجلس، ولا تعتبر عبئا على إجراءات التقـاضى، خاصة على ضوء ما قرره المشروع من وجوب الفصل فى هذه الدفوع خلال الآجال القصـيرة التى عينها. فضلا عن ضمان استقرار المراكز القانونية بالنظر إلى سريان قضاء المجلس بـأثر مباشر، فلا يكون رجعياً فى أثره.

٣٣٠- على أن مشروع التعديل أثار ردود فعل حادة بين المعارضين للرقابة اللاحقة، وكان هذا المشروع كذلك معيباً من مناح متعددة أهمها:

١. أقام مرحلتين لتصفية الدفوع بعدم الدستورية؛ إحداهما قاضي الموضوع؛ وآخراهمـــا محكمة أعلى هي محكمة النقض أو مجلس الدولة اللذين يختصان وحدهما- وبصفة نهائية- بتنقية الدفوع بعدم الدستورية فصلاً في جديتها.

٢. أن القضاة الذين يقدرون جدية الدفوع بعدم الدستورية فـــي هـــاتين المرحلتيـــن، إنمـــا يفصلون بطريق غير مباشر في مسائل دستورية، ولو من وجهة مبدئية.

٣. أن محكمة النقض ومجلس الدولة، قد يتفاوتان في ميلهما إلى إحالة المسائل الدســـتورية إلى جهة الرقابة على الدستورية، فقد تكون إحداهما أقل رغبة فى ذلك. وقد يعمدان كلاهما إلـــى تقويض فرص اتصال هذه الجهة بتلك الدفوع.

٤. أن مشروع التعديل يقضي بأن المسائل الدستورية التي فصل فيها المجلس الدســـتوري عن طريق الرقابة السابقة، لا يجوز طرحها من جديد من خلال الرقابة اللاحقة.

وهو ما قد يدفع البرلمانيون إلى الطعن في كل القوانين قبل إصدارها توقيا لعرضـــها مـــن جديد -ومن خلال الدفوع بعدم الدستورية- على هذا المجلس.

٥. أن المعارضة البرلمانية قد تتخلى بنفسها وبإرادتها عن الطعن بعدم دستورية القوانيـــن قبل إصدارها حتى توفر للمواطنين فرص النيل بصفة مباشرة من الأغلبية البرلمانية من خـــلال الدفوع بعدم الدستورية التى يبدونها بعد العمل بالقانون.

وأيا كان مضمون هذا التعديل، فقد انتقده بعض الفقهاء ورجال السياسة الذين تحفظوا عليه. بل وعادوه لضمانه الرقابة اللاحقة التي يعارضونها ولا يقبلون بها؛ ولأن المواطنين قد يحركـــون الرقابة اللاحقة بعد سنين من صدور القانون، بما يخل باستقرار المراكز القانونية ويجعل الآثـــار التي رتبها القانون قبل الحكم بعدم دستوريته، ركاما.

فضلا عن أن الرقابة اللاحقة -في صحيح صورتها- يستحيل مزاوجتها بالرقابة الســـابقة، ولا أن يعملا معا. ذلك أن تماسكهما منفرط، وتعايشهما غير متصور.

فالقانون الواحد قد تطهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم -من خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان. وهو ما يعنى تآكلها وأن يقتصر مجال عملها على القوانين التى لم تتناولها الرقابة السابقة.

وحتى وإن قيل بجواز الطعن في القوانين التي طهرتها الرقابة السابقة، فإن القانون الواحد يتغير مصيره تبعا لنوع الرقابة التي تتصل به، وفي المرحلة الزمنية التي تقع فيها. فلا يكون للقانون الواحد صورة واحدة لا تتبدل، بل ينتقل من الصحة إلى البطلان، أو من البطلان إلى الصحة.

٣٣١- ولكن المؤيدين للمشروع استنفروا كل حجة يرون صوابها فى الدفاع عن حق الشخص فى الطعن فى دستورية القوانين. وساقوا لذلك براهين حاصلها أن الرقابة اللاحقة تكمل الرقابة السابقة، وتسد بالتالي فراغا قائما في الرقابة على الشرعية الدستورية، وأن فضلها على الرقابة السابقة، يتمثل في أن مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، تنحل في حقيقتها إلى رقابة مجردة لا شأن لها بالآثار المترتبة على تطبيقها، أو هي في أحسن الفروض رقابة على القوانين قبل إصدارها مع تصور آثار تطبيقها واحتمالاته.

كذلك قد تطهر الرقابة السابقة القانون في مجموع أحكامه، ثم تظهر مخالفة بعضها للدستور من خلال تطبيقها؛ إما لسريانها في أحوال لم تتوقعها السلطة التشريعية، أو تتخيلها الجهة التي تباشر الرقابة السابقة؛ وإما لأن القواعد الدستورية التي كانت تحكم هذه النصوص، قد طرأ عليها نوع من التطور أخرجها عن الصورة الأولى التى كانت لها.

وبعبارة موجزة، فإن تطبيق القوانين عملا -لا تخيل صور تطبيقها- هو الذي يتيح أفضل الفرص لسبر أغوارها. فلا يكون الحكم بدستوريتها أو مخالفتها للدستور، مجانبا الحق في الأعم من الأحوال.

أما الرقابة السابقة، فإن ضمانها لحقوق الأفراد وحرياتهم، غير كامل، لأنها لا تواجه بالجزاء صورا من تطبيق القوانين المعمول بها تتصادم بها مع الدستور.

ويعيبها كذلك أن الذين يملكون تحريكها هم الطبقة السياسية التي يمثلها رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو ستون نائبا أو ستون شيخا.

وهذه الطبقة السياسية قد تتضامن فيما بينها من خلال تحالفاتها واتفاقاتها السرية والجانبية واهتماماتها السياسية، أو لغير ذلك من العوامل. فلا تَطْعَنُ في القوانين قبل إصدارها بالرغم من عيوبها الدستورية الخطيرة والواضحة، بما يعطل الرقابة على الدستورية لتواطئها على إيصاد أبوابها. ولا ضمان بالتالي لمواجهة حالة الحصار هذه التي يحال بها بين جهة الرقابة ومباشرة مهامها، غير تقرير حق كل مواطن في إثارة الرقابة اللاحقة على القوانين.

ذلك أن المواطنين لن يترددوا في تجريح قوانين يرون مخالفتها للدستور، ويقدرون أن تطبيقها خلا من كل جزاء يردها إلى صوابها. فلا تخالطهم نوازع السياسة وسوءاتها. إذ هم أحرص من غيرهم على تقويم اعوجاجها من خلال نظرة محايدة لمضمونها.

كذلك فإن الرقابة السابقة على القوانين التي يباشرها المجلس الدستوري تتسم بتسرعها، إذ عليه أن يفصل في دستوريتها خلال ثلاثين يوما، أو بما لا يجاوز ثمانية أيام في أحوال الاستعجال، فلا يكون سبره لأغوارها، محيطا بجوانبها.

فضلا عن أن الرقابة السابقة تعصم القوانين التى طهرتها من فرض رقابة لاحقة عليها للفصل فى دستورية أحكامها بعد العمل.

بل إن الرقابة السابقة تخول القائمين على تنفيذ القوانين المحكوم بدستوريتها، الحق فى تطبيقها بالطريقة التى يرونها. ومن ثم تتعدد تأويلاتها على ضوء الزاوية التى ينظر منها كل منهم إلى هذه القوانين. فلا يعطيها غير المعانى التى يستصوبها بعد أن اطمأن إلى تعلقها بقوانين لم يعد يجوز لسلطة نهائية أن تفسرها، وأن تحكم عليها بعد تفسيرها لها.

وتلك عيوب تتجرد منها الرقابة اللاحقة، التى لا يتقيد الفصل فى دستوريتها بعد العمل بها بمدة جامدة حددها الدستور سلفا، ولا بطبقة سياسية يكون بيدها وحدها حق النعى عليها بعدم الدستورية، حتى وإن جاز القول بأن المعارضة –وعلى الأقل في الدول الديمقراطية –يعنيها ألا

تظل القوانين المعيبة قائمة، ولها بالتالي -ومن خلال الرقابة السابقة على هذه القوانين - مصلحة محققة في تنقيتها من شوائبها.

٣٣٢- على أن مشروع تعديل الدستور الذي يخول الشخص حق الطعن غير المباشر فـــي القوانين المعمول بها، لم يظفر بالأغلبية البرلمانية المطلوبة لإقراره؛ وقبر بالتالي في مهده.

الفصل العشرون

الرقابة القضائية اللاحقة A posteriori أو القامعة Repressif

أولا: مضمون الرقابة اللاحقة وأهدافها

٣٣٣- ويقصد بها الرقابة على القوانين بعد إصدارها، سواء كان القانون المطعون عليه معمولا به في دولة بسيطة، أو صادرا في دولة مركبة. وهي بعد رقابة غايتها ضمان سيادة الدستور في كل الأوقات، فلا تتقيد مباشرتها بزمن دون آخر. وهى كذلك ضمان لحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لو بعد العهد على العمل بالقانون المطعون فيه.

ولئن قيل بأن صون سيادة الدستور وحقوق الأفراد وحرياتهم، هو ما تتوخاه كذلك الرقابة السابقة A prior، إلا أن هذه الرقابة عيبها أن كثيرين ينظرون إليها باعتبارها رقابة سياسية في طبيعتها([1]) وأن آجالا قصيرة تحيطها، وأن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها قبل إصدارها، يتعين أن يتم خلال آجال قصيرة، تخفض فى حالة الاستعجال، فلا تتوافر لجهة الرقابة، المهلة الكافية لإمعان النظر فيها.

وهي بذلك رقابة لا تسبر أغوار هذه النصوص، ولا تتعمق جوانبها، حتى وإن ظل القانون المطعون عليه على ضوئها، موقوفا إلى حين الفصل في دستوريته.

كذلك أن توجد الرقابة اللاحقة إلى جانبها. ذلك أن الرقابة السابقة تستنفد كل مراجعة قضائية للقوانين محلهما، فلا يعاد النظر فى دستوريتها من جديد بعد العمل بها، بما يجعل هاتين الرقابتين غير متصور Inconciliable واحتمال تعارضهما قائما.

فضلا عن أن تسليط الرقابتين السابقة واللاحقة على النصوص القانونية ذاتها، يحمل في ثناياهما مخاطر الفصل في مشروعيتها الدستورية على ضوء معايير مختلفة، خاصة وأن الرقابة السابقة لا تتعلق بمشروع قانون، ولكنها تتناول قانونا أقرته السلطة التشريعية. ولم يبق غير إصداره ونشره في الجريدة حتى يكتمل وجوده قانونا.

([1]) Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica, 1985, p.86.

أما الرقابة اللاحقة، فإن موضوعها هو القانون بعد أن خبره التطبيق، وأظهر العمل صورا من العوار فيه كانت خافية قبل العمل به. ومن ثم تتسم الرقابة اللاحقة بمواجهتها القانون المطعون عليه بعد أن دخل مرحلة التنفيذ، وتحددت آثاره على صعيد تطبيقاتها العملية، وبان للكافة نطاق مزاياها، أو قدر الأضرار التى ألحقتها بالمخاطبين بها. ومن ثم تتسم الرقابة اللاحقة بمرونتها وحيويتها بالنظر إلى مباشرتها وفق الحقائق المعاصرة وعلى ضوء القيم الجديدة التي تفرض نفسها على القوانين بعد إصدارها، ولو كان إعمال هذه القيم يناقض تلك التي كانت تحكم هذه القوانين وقت إقرارها.

ثانيا: أوجه النقد الموجهة للرقابة اللاحقة

٣٣٤- وما يقال من أن الرقابة اللاحقة بطيئة بطبيعتها، وأنها تخل باستقرار أوضاع نظمتها القوانين المعمول بها، مردود أولا: بأن المسائل الدستورية معقدة بطبيعتها بالنظر إلى تعدد عناصرها وتشابكها واتصالها بمصالح حيوية ينبغي وزنها بالقسط، يحتم مباشرتها فى إطار نظرة هادئة تحيط بها.

ومردود ثانيا: بأن قدم العهد على قوانين اطرد تطبيقها ردحا من الزمن، لا يجوز أن يصححها، ولا أن يحول دون مراجعتها(¹).

ومردود ثالثا: بأن القوانين التي تبطلها الجهة القضائية بعد العمل بها، تزول -عادة- كل الآثار التى رتبتها بأثر رجعى يرتد إلى لحظة ميلادها، ليستعيد الأفراد كامل حقوقهم التى أخلّت

(¹) من المقرر قانونا أن عنصر الزمن وحده لا يجوز أن يكون قيدا على الطعن بعدم دستورية القانون. ففي كندا قضى ببطلان قانون بعد عشرين عاما من العمل به- Gerald A. Beaudoin , la Constitution du Canada, 2e tirage , revisé 1991, p. 170 وأبطلت محكمتها العليا الفدرالية القوانين المعمول بها في مقاطعة Manibota منذ عام ١٩٨٥ بالنظر إلى صياغة موادها، لا باللغتين الفرنسية والإنجليزية -وهما اللغتان الرسميتان في كندا- بل بلغة وحيدة هي اللغة الإنجليزية. ورغم إبطال المحكمة العليا لهذه القوانين جميعها إلا أنها أبقتها قائمة لضمان استقرار الأوضاع المرتبطة بتطبيقها، على ألا يجاوز العمل بها الفترة الزمنية التي حددتها هذه المحكمة، واللازمة كحد أدنى لترجمتها إلى هاتين اللغتين في آن واحد.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manibota. [1985] R.C.S. 721.

بها هذه القوانين، وكأنها لم تصدر. وهي بعد حقوق طبيعية لا تتقادم ولا يجوز النزول عنها أو إسقاط الحق فيها([1]).

٣٣٥- وقد كان إيلاء الاعتبار الخاص لحقوق الأفراد وحرياتهم، الخلفية التاريخية لنص المادة ٥٧ من الدستور الدائم المعمول به فى مصر والتي تقضي بأن العدوان عليها يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية في شأنها بالتقادم. وهو ما يؤكد حقيقة أن هذا العدوان، خطير فى نتائجه وأن إنهاء آثاره من فرائض الطبيعة الإنسانية لهذه الحقوق وتلك الحريات التى لا يجوز الإخلال بها، وإلا انفرط وجود الجماعة، وأخاط بها التمرد أو العصيان.

وإذا كان الدستور فى مصر -ومن خلال نص المادة ٥٧ المشار إليها- قد جرم العدوان على حقوق الفرد وحرياته إذا كان الإخلال بها واقعا من خلال أعمال مادية، فإن ضمانها من خلال تقويم اعوجاج القوانين التي تنظمها، يكون أولى بالرعاية وأحق بالحماية.

ثالثا: محل الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين

٣٣٦- محل هذه الرقابة أصلاً، هو النصوص القانونية جميعها أيا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الحقوق التى تتعلق بها. وقد تتناول هذه الرقابة أعمالا لا تصدر عن السلطة فى مواقعها المختلفة، ولكنها تتلون بردائها لتظهر بمظهرها.

كذلك تفصل جهة الرقابة في دستورية النصوص القانونية، أو فى الأعمال التي تأخذ حكمها، على ضوء أحكام الدستور بتمامها. وهذا هو الأصل. بيد أن نطاق هذه الرقابة وقد يتعلق بأجزاء بذواتها من الدستور، كتلك التى تتصل بتقسيم السلطة أو توزيعها، دون سواها. مثلما هو

([1]) تنص المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية على أن كرامة الإنسان لا يجوز انتهاكها وتحميها الدولة، وأنه من أجل ذلك يؤكد الشعب الألماني احترامه لحقوق الإنسان وضمانه لعدم جواز الإخلال بها أو النزول عنها كأساس لتكوين كل مجتمع، ولصون قضية السلم والعدالة في العالم.

ونص هذه المادة يعني أن الكرامة الإنسانية مصدر حقوقه وحرياته جميعها. وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية الألمانية بوصفها كرامة الإنسان بأنها أعلى القيم الإنسانية، والغاية النهائية للنظام الدستوري، وأساس كل الحقوق التي يضمنها القانون الأساسي لألمانيا.

Donald. P. Kommers. The Constitutional jurisprudence of the Fedral Republic of Germany, 1997,P.32

الحال في محكمة التحكيم البلجيكية la cour d' arbitrage التي تنحصر ولايتها في الفصل في المسائل الدستورية المتعلقة بعملية تقسيم الاختصاص وتوزيعه فيما بين الدولة ووحداتها الإقليمية.

وتباشر بعض الدول كالبرتغال نوعي الرقابة على الدستورية، السابقة واللاحقة معا.

رابعا: خصائص الرقابة القضائية اللاحقة

٣٣٧- وفى الدول الفيدرالية، تخضع دساتير ولايتها وتشريعاتها، لدستور الاتحاد وللقوانين الاتحادية.

كذلك تتسم الرقابة اللاحقة بأن القرارات التي تصدرها الجهة التي تباشرها في شأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها، لا تكون حجيتها نسبية مقصورة على أطرافها inter partes، ولكنها تتعداها إلى الدولة بكل أفرعها وتنظيماتها بما يجعل حجيتها مطلقة Igra omnes.

وما يقال من أن لقراراتها هذه قوة القانون، محل نظر، ذلك أن جهة الرقابة لا تلغي قوانين قائمة. ولكنها تجرد القوانين التي تقضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها،فلا يكون تطبيقها بعد ذلك متصورا.

خامسا: آثار الحكم بعدم الدستورية

٣٣٨- تتسم الرقابة اللاحقة كذلك، بأن القرار أو الحكم القضائي بعدم الدستورية الصادر عن الجهة القضائية، إما أن ينفذ اعتبارا من تاريخ صدوره Ex nunc([١])؛ وإما أن ينفذ اعتبارا من لحظة زمنية تالية لتاريخ صدوره Pro futuro؛ وإما أن يكون لقرار هذه الجهة أو للحكم الصادر عنها بإبطال نص قانوني، أثر رجعى. فلا يكون لهذا النص من وجود منذ إقراره Ex tunc. وهو ما ينبغي أن يكون الأصل في القرار أو الحكم الصادر بإبطال نصوص قانونية قائمة. ذلك أن إبطالها ليس صفة عارضة تلحقها، ولا هو بعنصر جديد يضاف إليها، وإنما هو توكيد لحالتها التي كانت عليها ابتداء عند إقرارها Ab initio، وهي حالة يكشفها الحكم أو القرار بلا زيادة أو نقصان.

([١]) يعتبر الدستور النمساوي نموذجا للأحكام بعدم الدستورية التي لا تسري إلا اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نشرها، أو على الأكثر بعد سنة من تاريخ هذا النشر

بيد أن الجهة القضائية قد تعدل من الأثر الرجعي لحكمها أو لقرارها بإبطال نص قانوني لاعتبار يتعلق بدواعي العدل والاستقرار، وبناء على نص في الدستور أو في قانون إنشائها، فلا يكون هذا القرار أو الحكم رجعيا في كل الأحوال، بل يتغير نطاق سريانه، خاصة إذا كان الدستور لا يتضمن حكما في شأن الرجعية، سواء بحظرها أو باقتضائها.

وقد يخول الدستور الجهة القضائية بأن تقرر في حدود سلطتها التقديرية، أثرا رجعيا لحكمها بعدم الدستورية، مثلما هو الحال في النمسا بعد تعديل دستورها في عام ١٩٧٥. ولها كذلك أن تأمر في حدود سلطتها التقديرية، بأن تبقى نافذة، القوانين التي ألغتها.

والقاعدة المعمول بها في ألمانيا الفيدرالية وأسبانيا والبرتغال، هي أن للحكم الصادر عن محاكمها الدستورية أثرا رجعيا تلقائيا في نطاق النصوص الجنائية التي قضي بمخالفتها للدستور.

وتقرر المحكمة الدستورية الألمانية في بعض الأحيان أن الحكم بعدم الدستورية، يعدم النصوص المطعون عليها اعتبارا من لحظة ميلادها AB INITO.

وأحيانا أخرى تقتصر على مجرد تقرير عدم تطابق النص مع الدستور بما يوحي بسريان حكمها اعتبارا من تاريخ صدوره([1]).

([1]) ويتعين على كل محكمة ألمانية تقدر أن قانونا فيدراليا أو قانونا لولاية لازم للفصل في القضية المطروحة عليها، قد صدر مخالفا للقانون الأساسي، أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية.

ولا يلزم بالتالي لإجراء هذه الإحالة، أن يكون أحد الخصوم قد أثار المسألة الدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي. بل يكفي لإجرائها اقتناع قاضي الموضوع بشبهة مخالفة قانون يرتبط تطبيقه بالنزاع المعروض عليه، للدستور.

ويتعين أن يوقع على قرار الإحالة، قضاة المحكمة الذين وافقوا عليه، وأن يرفق به بيان بالنص القانوني المدعى مخالفته للدستور؛ ونص الدستور المدعى إهداره؛ مع إيضاح الصلة القائمة بين النص المطعون عليه من جهة؛ والنزاع الموضوعي من جهة ثانية.

وللمحكمة الدستورية أن ترفض الفصل في المسألة الدستورية إذا بان لها أن اقتناع قضاة المحكمة المحيلة بعدم دستورية القانون المحال غير مبرر؛ أو أن النزاع الموضوعي يمكن الفصل فيه بغير الفصل في المسألة الدستورية المحالة إليها.

ويجب أن تمثل السلطة الفيدرالية في أعلى مستوياتها أو حكومة الولاية حسب الأحوال أمام المحكمة الدستورية الألمانية، وأن يتاح للخصوم الذين ظهروا في مراحل النزاع الأولى، تقديم مذكراتهم المكتوبة لعرض وجهة نظرهم.

وفي البرتغال، يخول دستورها جهة الرقابة على الدستورية مرونة مطلقة تحـد بـها مـن رجعية أحكامها، سواء كان ذلك لمصلحة الاستقرار القانوني؛ أو لإعمال ضوابط تتسم بإنصافـها، أو لتحقيق مصلحة عامة([1]).

وهذه المرونة هي التي تكفل لجهة الرقابة على الدستورية مواجهة الأوضاع الواقعية القائمة، وتقرير ما يناسبها من الحلول التى تستصوبها في حدود سلطتها التقديرية. وهى سـلطة زمامـها بيدها، فلا يفرض أحد عليها أية قيود فى شأن ممارستها.

([1]) Albrecht Webber, le controle juridictionnel de la constitutionalite des lois dans les pays d'Europe occidental. Perspective comparative, Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1985 volume (1) , pp. 51.57.

الفصل الحادى والعشرون

الرقابة القضائية على الدستورية فى صورتها المجردة

Abstract judicial Review

أولا: مفهوم الرقابة المجردة

٣٣٩- وإذا كانت الرقابة بطريق الدفع، تعتبر وسيلة دفاع متاحة لكل خصم فى نزاع موضوعى إذا ووجه بقانون يراد تطبيقه على هذا النزاع، وكان يراه مخالفاً للدستور؛ فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية لا شأن لها بنزاع موضوعى. وإنما هى فى واقعها رقابة لمصلحة الدستور، شأنها فى ذلك شأن صور الرقابة لمصلحة القانون المعمول بها فى مصر فى إطار الطعن بالنقض([1]). ذلك أن هذه الرقابة هى التى يحمل معها الطاعن قانوناً يراه مخالفاً للدستور إلى المحكمة الأعلى فى بلده([2])، بالشروط المنصوص عليها فى الدستور. وهي بذلك رقابة لها فعاليتها إذ يصير القانون بمقتضاها باطلاً عديم الأثر فى مواجهة الكافة. ومن ثم يفيد المواطنون جميعهم من الحكم بإبطال هذا القانون؛ فلا يتجدد النزاع حوله من جديد.

بيد أن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، وإن كان مرغوبا فيها من الناحية القانونية باعتبارها قاطعة فى دستورية القانون،ولا تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه؛ إلا أنها تفترض محيطا سياسياً هادئاً. وقد يتدخل البرلمان بقوانين دستورية لتعطيل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية مثلما هو الحال فى النمسا التى أعجز البرلمان محكمتها الدستورية عن العمل، وشل حركتها من خلال هذه القوانين.

([1]) وفقا لنص المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات، يجوز للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية -أيا كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيا علي مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

١- الأحكام التي يجيز القانون للخصوم الطعن فيها

٢- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم.

و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

([2]) سواء كانت هذه المحكمة داخلة فى نطاق تنظيم جهة القضاء العادى؛ أم كانت محكمة دستورية متخصصة.

فضلاً عن أن تخويل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لكثيرين يفيدون منها، مؤداه تزاحم القضايا وتراكمها على قضاة الشرعية الدستورية. فإذا قلل الدستور من فرص اللجوء إليها، حد ذلك من فائدتها العملية، وقلص من فعاليتها.

٣٤٠- وبينما يشترط في بعض الدول للفصل في الخصومة الدستورية، أن تتعلق بنزاع من طبيعة حادة وحقيقية -لا متوهمة أو فرضية- فإن المحكمة الدستورية الألمانية قد تفصل في شكوك أو في تطاحن آراء حول دستورية قانون فيدرالي أو قانون صادر عن الولاية بناء على مجرد طلب يقدم إليها سواء من الحكومة الفيدرالية أو من حكومة الولاية أو من ثلث أعضاء البوندستاج، وهو السلطة التشريعية المركزية. ولكل من هؤلاء -وقد صاروا أطرافاً في الخصومة الدستورية- أن يطرحوا من خلال مذكراتهم المكتوبة، وجهة نظرهم في شأن القانون المطعون عليه. وقد يساندونها بمرافعتهم الشفهية التي تقبلها المحكمة خلافاً للأصل في إجراءاتها.

وتفصل المحكمة في دستورية القانون المعروض عليها على ضوء ضوابط موضوعية لا تنحاز فيها لا إلى حقوق شخصية يطلبها أفراد منها، ولا إلى وجهة نظر الجهة التي كان الطلب المقدم منها إلى المحكمة الدستورية، محركاً للطعن في دستورية القانون؛ وإنما تنحصر مهمة هذه المحكمة في أن تستخلص بنفسها معاني الدستور وتطبقها على القانون المعروض عليها.

وهي تباشر في هذا الإطار حرية تقصي كل واقعة كل لها أثر في تشكيل هذا القانون، وكذلك كل حجة ودفاع يتصل به.

<u>ثانيا: أهمية الرقابة المجردة أو ضرورتها</u>

٣٤١- وتبدو أهمية هذه الرقابة وحيويتها في أن الطعن في القانون، ما أن يتصل بالمحكمة الدستورية <u>حتى يصير النزول عن هذا الطعن غير جائز إلا بإذنها</u>. وهو ما يعضد استقلالها ويجعلها متحدثا باسم الجماهير، ولمصلحتهم، حين تدعوها الضرورة إلى ذلك([1]).

وللرقابة القضائية المجردة بعض تطبيقاتها كذلك في دول كإيطاليا. وبغض النظر عن أوجه النقد الموجهة إليها والتي تتمثل في تكدس القضايا وتزاحمها أمام قضاة الشرعية الدستورية،

([1]) Donald P. Kammers. The Constitutional jurisprudene of the Federal Republic of Germany 1997, p. 13-14.

وإغراقهم بالتالى فى فيض من القوانين التى يكلفون بالفصل فى دستوريتها، وفى أنها قد تكون مدخلا إلى عرض طعون بعدم الدستورية لا قيمة لها،أو تحركها النزوة الشخصية؛ إلا أن هذه الصعوبة يمكن حلها من خلال تشكيل لجنة داخل المحكمة الدستورية العليا تكون مؤلفة من ثلاثة من قضاتها، يفحصون ما يكون من هذه الطعون جدياً، شأنهم فى ذلك شأن دوائر فحص الطعون فى الدرجة الأعلى من المحاكم، وشأن محكمة الموضوع ذاتها التى تقوم بتصفية الدفوع بعدم الدستورية التى تثار أمامها، فصلا فى جديتها من وجهة نظر أولية.

ثالثا:مزايا الرقابة المجردة أو فوائدها

٣٤٢- وتظل الدعوى الأصلية -بعد تحديد نطاقها على النحو المتقدم- أكثر اقترابا من حقيقة المهام التى يتولاها قضاة الشرعية الدستورية. ذلك أن الدستور ما أقامهم على مباشرة ولايتهم هذه إلا لضمان سيادة الدستور من خلال إبطال النصوص القانونية التى تناقض أحكامه. وهى بذلك ضمان مطلق للشرعية الدستورية من أوجه عديدة أهمها:

أولا: أن القوانين التى تبطلها الرقابة المجردة، يزول كل أثر لها، فلا يبقى لها مكان فى الحياة القانونية. وذلك على نقيض الرقابة بطريق الدفع التى يقتصر أثرها -أصلا- فى بعض الدول -كالولايات المتحدة الأمريكية- على إبطال القانون المناقض للدستور فى مجال تطبيقه بالنسبة إلى المدعى فى الخصومة الدستورية As applied to the respective party.

ثانيا: أن الرقابة المجردة تعلو بالقيم التى احتضنها الدستور إلى حد فرضها على كل قانون يخالفها. وهى قيم لا يجوز تعليق نفاذها على خصومة موضوعية ترتبط بها الخصومة الدستورية، بما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة دائرة بين هاتين الدعويين[1]. وهى مصلحة لا تحركها غير الأضرار الشخصية والمباشرة التى ألحقها القانون المطعون فيه بالمدعى فى الخصومة الدستورية. فلا تكون هذه الخصومة غير طريق لرد هذه المضار.

---

[1] تقرر المحكمة الدستورية العليا فى قضاء مطرد بأن المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية هى التى ترتبط عقلا بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية بحيث يؤثر الحكم فى الدعوى الدستورية فى الحكم فى الدعوى الموضوعية.

ثالثا: أنه وإن جاز القول بأن السلطة القضائية بكل أفرعها، لا تفصل فى غير خصومة قضائية يتغيا المدعى برفعها الحصول على منفعة يقرها القانون حتى لا تتخذ موطنا للدفاع عن مصلحة نظرية عقيمة لا طائل من ورائها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إنكارها، هى أن السلطة القضائية لا تميل بوجه عام إلى عرض المسائل الدستورية على قضاة الشرعية الدستورية الذين تنظر إليهم السلطة القضائية وكأنهم غرباء يقتحمون محرابها لانتقاص ولايتها. وتلك جميعها مخاطر لا تدفعها إلا الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التى لا تحركها المصلحة الشخصية والمباشرة، وإنما توجهها المصلحة فى ضمان سيادة الدستور، وهى مصلحة حقيقية وموضوعية.

هى مصلحة حقيقية لأن سيادة الدستور تمثل الضمان النهائى لخضوع الدولة للقانون بما يكفل ديموقراطية تصرفاتها.

وهى مصلحة موضوعية، ذلك أن قضاة الشرعية الدستورية لا يطبقون قواعد ترك الخصومة على المسائل الدستورية التى تثيرها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإنما يظل هذا الفصل بأيديهم يوجهونها، وفق قواعد محايدة فى مضمونها، ولأغراض يظلها الدستور بالحماية، وبمعايير لا تخالطها النزعة الشخصية للخصوم فى الدعوى الدستورية.

رابعا: موقف المحكمة الدستورية العليا من الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٣٤٣- أطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المشرع لم يجز الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كطريق للطعن على دستورية النصوص القانونية.

وهى تؤيد وجهة نظرها هذه بنص المادة ٢٩ من قانونها التى تعلق اختصاصها بالفصل فى المسائل الدستورية التى تطرح عليها، على إحالتها إليها مباشرة من محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى أو على تقدير هذه المحكمة أو الهيئة، جدية دفع بعدم دستورية نص قانونى يرتبط الفصل فى دستوريته، بالنزاع المعروض عليها([1]). فإذا لم تطرح هذه المحكمة أو الهيئة

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٤١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦- قاعدة رقم ٧ صفحة ١٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٢/٧- قاعدة رقم ٨٥ -ص ١١٨٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٠ لسنة ١٩ق "دستورية" -جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٩٨- قاعدة لرقم ٩٣ -ص ١٢٥٢ من الجزء الثامن.

برفع الدعوى الدستورية أو لم تحلها بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو كان النص القانونى، قدم مباشرة من الطاعن إلى هيئة المفوضين بهذه المحكمة، فإن دعواه فى ذلك تتحل إلــى طعــن مباشر على هذا النص ليأخذ شكل نزاع مع هذا النص بقصد إهدار أثره مما يتعين معه الحكم بعدم قبول دعواه([1]).

([1]) دستورية عليا -القضية رقم ٦٨ لسنه ١٣ قضائية "دستورية"جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢- قاعدة رقــم ٩ -ص٩٢ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ انظر كذلك ذات المبدأ فــى القضية رقم ٣ لسنه ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١١ -ص١٢٦ مــن المجلــد الثانى من الجزء الخامس.

الفصل الثاني والعشرون
الرقابة القضائية على الدستور في مصر

أولا: طرائق هذه الرقابة

٣٤٤- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا طرقا ثلاثة لاتصال الخصومة بها وفقا لقانونها. وهذه الطرائق جميعها منصوص عليها فى المادتين ٢٧و٢٩ من قانونها. وتفصيلها كالآتى:

أولا: طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى، إلى المحكمة الدستورية العليا. وذلك وفقا لحكم البند أ من المادة ٢٩ من قانونها. ويتعين أن يكون الفصل فى المسائل الدستورية المحالة إليها، لازما للفصل فى النزاع المعروض على المحكمة أو الهيئة المحيلة.

ثانيا: أن تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى، جدية دفع بعدم دستورية نص قانونى يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازما للفصل فيه. ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التى قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى جدية الدفع الذى طرحه الخصم عليها. وترخص هذه المحكمة أو الهيئة برفع الدعوى الدستورية بناء على السلطة المخولة لها بمقتضى البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ثالثا: أن تواجه المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض لها بمناسبة مباشرتها لاختصاص مخول لها وفقا لقانونها، إذا كان الفصل فى هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها، ويؤثر فى نتيجته. وذلك عملا بنص المادة ٢٧ من قانونها.

ثانيا: اتصال هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور

٣٤٥- وتتعلق هذه الطرائق جميعها بالفصل فى المسائل الدستورية دون غيرها، بوصفها جوهر الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها. كذلك تتصل هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور، ذلك أن الخصومة الدستورية التى تقوم فى جوهرها على مقابلة النصوص المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التى فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم تكون

هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، فلا يكون إهدار هذه النصوص بقدر تعارضها مع الدستور، غير تحقيق للغاية التي تبتغيها هذه الخصومة.

ثالثا: حدود هذه الرقابة

٣٤٦- ولا يجوز أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تحقيق واقعة يدخل إثباتها أو نفيها في اختصاص محكمة الموضوع، ولو خالطها القانون، كالفصل فيمن يعتبر قانونا متمتعا بالحق في الملكية، وفيما إذا كانت المرأة المعقود عليها حل لمن تزوجها؛ وما إذا كان الشقاق بين الزوجين قد استفحل أو ما إذا كان سوء معاشرة الرجل لزوجه، لا يليق بمثلها.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا بنفسها في اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً لقانونها. وفصلها في ذلك سابق بالضرورة على تناولها المسائل الدستورية موضوعها([1]).

وليس لمحكمة الموضوع أن تقحم نفسها في توافر شرائط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا أو تخلفها([2]) ذلك أن قانونها ناط بها وحدها التحقق من توافر الشروط التي لا تقبل الخصومة الدستورية إلا بولوجها، وذلك في المادتين ٢٧ و٢٩ من هذا القانون.

ولئن صح القول بتعلق أحكام الدستور بالنظام العام. إلا أن الاحتجاج بنص في الدستور في مجال خصومة قضائية، يفترض أن تكون هذه الخصومة مستوفية ابتداء شرائط قبولها.

ولا يجوز بالتالي الخلط بين شروط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفق الأوضاع المنصوص عليها في قانونها من جهة، وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها من جهة ثانية. ذلك أن المشرع ما قرر شروط التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا إلا لمصلحة جوهرية قدرها. وهي مصلحة لا يجوز التفريط فيها أو التهوين منها. وليس من شأن توافر شروط قبول الخصومة الدستورية، أن يكون مجرد رفعها موقفا سريان النصوص

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية "منازعة تنفيذ"- جلسة أول يناير ١٩٩٤-قاعدة رقم ٢- ص ٧٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤-القاعدة رقم ٢٤- ص ٢٧٧ وما بعدها من الجزء السادس.

القانونية المطعون عليها. ذلك أن وقفها يفيد بالضرورة إرجاء العمل بها. حال أن الأصل فى هذه النصوص -حتى بعد الطعن عليها بمخالفتها الدستور- هو افتراض صحتها. ويظل تطبيقها لازماً ما لم تجردها المحكمة الدستورية العليا من قوة نفاذها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التى لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا، ولا العمل بها موقوفا([1]).

رابعا: الدعويان الموضوعية والدستورية -حدود الصلة بينها

٣٤٧- وتفترض الطريقتان الأولى والثانية من طرائق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها فى المادة ٢٩ من قانونها، أن قراراً صدر عن أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بأن النصوص القانونية التى تحكم النزاع المطروح عليها، تحيطها شبهة عدم الدستورية، وأن هذه الشبهة لها وجه. ويتخذ هذا القرار صورة ترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال أجل معين. ويصدر هذا الترخيص عن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد دفع بعدم الدستورية يطرح عليها، ما لم تقرر هى بنفسها إحالة المسائل الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا.

ويصدر القرار فى الصورتين المتقدمتين بناء على شبهة تشى بها النصوص المطعون عليها من ظاهر وجهها. وهى شبهة لا يتعمق معها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى، فى حقيقة النصوص المطعون عليها فضلا فى صحتها أو مخالفتها للدستور.

وإنما تقوم هذه الشبهة إذا بأن من ظاهر هذه النصوص، أنها مخالفة للدستور. ولئن صح القول بأن المحكمة الدستورية العليا -فى هاتين الصورتين- لا تستنهض بنفسها الخصومة الدستورية لأنها تأتى إليها على قدميها من محكمة أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي؛ إلا أن الخصومة الدستورية تستقل فى شرائط قبولها، وفى موضوعها، عن الخصومة الموضوعية، فلا تتداخلان أو تمتزجان، وإن كان الحكم الصادر فى المسائل الدستورية، يؤثر بالضرورة فى تحديد مضمون القاعدة القانونية التى تحكم موضوع النزاع.

٣٤٨- وتلك هى الصلة الوحيدة بين هاتين الدعويين. وفيما وراء هذه الصلة، تظل لكل من هاتين الدعويين ذاتيتها، ولا يجوز لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تنزع

([1]) ص ٢٨٨ وما بعدها من الحكم السابق.

الخصومة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا بعد دخولها في حوزتها ولا أن تمنعها من نظرها بقرار من جهتها.

ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها، حائلاً بالضرورة دون أن تفصل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى فى النزاع المطروح عليها قبل أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها فى شأن النص القانونى الواجب تطبيقه فى هذا النزاع وهو ما يفيد لزوما تعليق الفصل فى أولاهما على ثانيتهما([1]).

٣٤٩- على أن امتناع الفصل فى الدعوى الموضوعية قبل الفصل فى الدعوى الدستورية، يفترض قيام وجه للفصل فى المسائل الدستورية. ويعتبر هذا الوجه منتفيا في الأحوال الآتية:

* زوال المصلحة فى الخصومة الدستورية بعد رفعها أو تخلفها أصلاً. إذ يتعين أن يتوافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الخصومة ليس فقط وقت رفعها. وإنما كذلك عند الفصل فيها.

"أن تكون الدعويان الموضوعية والدستورية قد اتجهتا معا إلى مجرد الطعن علي بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستوريتها؛ وإذ تكونان عندئذ متحدتين محلا، لاتجاه أولاهما إلي مسالة وحيدة ينحصر فيها موضوعها، هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حددتها. وهى عين المسالة التى يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية. واتحاد هاتين الدعويين فى محليهما، مؤداه أن محكمة الموضوع لن يكون لديها ما تجيل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها. وبالتالي لن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازما للفصل في الدعوى الموضوعية. إذ ليس ثمة "موضوع" يمكن إنزال القضاء الصادر في المسالة الدستورية عليه([2])".

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٤/٣/٥ -قاعدة رقم ٢٠- ص ٢١٣ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٣/١/٢- قاعدة رقم ١١ -ص١٢٤ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

* أن تحيل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى مسألة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو تقدر بنفسها جدية دفع بعدم الدستورية أثير أمامها، ثم يظهر لها أن المسألة الدستورية عينها قد تناولها قضاء سابق قطعى من المحكمة الدستورية العليا، إذ يتعين عليها عندئذ. إعمال هذا القضاء. ذلك أن تطبيقها لحكم المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد لا يدخل فقط فى اختصاصها، بل هو كذلك واجبها.

* أن يتخلى الخصم عن دعواه الموضوعية أو عن دفع بعد الدستورية كان قد أبداه أثناء نظرها وقد قررت محكمة الموضوع جديته. وتثير هذه الحالة صعوبة مردها أن التخلى عن الدعوى الموضوعية أو عن الدفع المثار أثناء نظرها، مؤداه استباق قضاء المحكمة الدستورية العليا فى المسألة الدستورية التى تتصل بالدعوى الموضوعية. وهو ما لا يجوز. ذلك أن اتصال الدعوى الموضوعية بالمحكمة الدستورية العليا وفقا لقانونها، يجعل هذه الدعوى فى قبضتها ولا يجوز أن يخرجها منها عمل يصدر عن المدعى فى الدعوى الموضوعية، خاصة وأن هذا العمل كثيرا ما يكون نتيجة ضغوط تعرض لها. فضلا عن أن جواز النزول عن الخصومة الدستورية بعد رفعها، يفترض الطبيعة الشخصية للمسائل الدستورية التي تتعلق بها هذه الخصومة .وهو ما يناقض حقيقتها علي تقدير أن حكم الدستور بشأنها يؤثر بالضرورة في مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها علي النزاع الموضوعي وهو أمر يتعلق بالنظام العام.

وكلما وجه المدعي خصومته الدستورية مبتغيا بها الفصل في مسائل من طبيعة دستورية فإن دوره بعد إثارتها من خلال هذه الخصومة، يعتبر منتهيا. وهو ما تؤكده الطبيعة العينية لهذه الخصومة التي لا تحكمها قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات. وليس في بقاء الخصومة الدستورية حتى بعد نزول المدعي عن دعواه الموضوعية أو عن الدفع بعدم الدستورية، ما يخلطها بالدعوى الأصلية بعدم الدستورية. إذ لا تزال الصلة قائمة بين الدعويين الدستورية والموضوعية. بما مؤداه أن المدعى فى الخصومة الدستورية وإن كان يحركها، إلا أن مصيرها ينبغى أن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا. ولا حق لمن رفعها فى أن يقرر بقاءها أو زوالها.

خامسا: الآثار المترتبة على دخول المسائل الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا

٣٥٠- تدخل المسائل الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا -وعملاً بنص المادة ٢٩ من قانونها- عن أحد طريقين:

أولهما: ما ينص عليه البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون، من تخويل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي السلطة التي تحيل مباشرة بها إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي تقدر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن توقف السير في النزاع المعروض عليها، وأن تحيل أوراقه إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم قضائية([1]). وهي تحيل إليها هذه الأوراق سواء لفت خصم في هذا النزاع نظرها إلى المخالفة الدستورية، أم كانت هي التي تبينتها من تلقاء نفسها.

ثانيهما: أن ترخص أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي لخصم دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني -وبعد تقديرها لجدية هذا الدفع- بأن يقيم خلال أجل تحدده؛ دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا. وعليها في هذه الحالة -وعملاً بنص البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تؤجل النزاع المعروض عليها حتى تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا، وذلك في الحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي كان مطروحاً عليها.

وسواء تقرر تأجيل النزاع الموضوعي في الحالة المنصوص عليها في البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أم تقرر وقفه في الحالة المنصوص عليها في البند (أ)، فإن تأجيل النزاع الموضوعي أو وقفه يتحدان معا في نتيجة بذاتها، هي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي معلقا وجوبا على قضاء المحكمة الدستورية العليا؛ ومتراخيا بالضرورة إلى حين صدوره.

([1]) علة إعفاء الخصوم من الرسوم القضائية، أن محكمة الموضوع هي التي أحالت المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ذلك أن الفصل فى النزاع الموضوعى قبل الفصل فى الخصومة الدستورية، هدم للصلة الوثقى بين نزاع يتعلق بالحقوق من جهة إثباتها ونفيها؛ وبين مضمون القاعدة القانونية التى ينبغى تطبيقها على هذا النزاع.

وإذ كان الفصل فى الحقوق من اختصاص محكمة الموضوع، فإن عليها أن تتربص تحديد المحكمة الدستورية العليا للقاعدة القانونية التى ينبغى أن تطبقها على هذا النزاع. وهى قاعدة تستخلصها المحكمة الدستورية العليا من خلال فصلها فى الخصومة الدستورية.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الفصل فى النزاع الموضوعى سابقا عليها. إذ ليس للمحكمة أو للهيئة ذات الاختصاص القضائي التي قدرت -ابتداء- مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور أن تطبقها -انتهاء- علي النزاع المطروح عليها، وإلا كان ذلك عدوانا علي المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لجهة أيا كان موقعها أن تمنعها من مباشرة ولايتها.

سادسا: الآثار المترتبة علي الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية

٣٥١- مؤدى الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية، أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية، مؤثراً فى النزاع المرتبط بها والمعروض على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى؛ وتعين بالتالى أن يظل هذا النزاع قائما عند الفصل فى الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه. وينبغى أن يلاحظ أن الفصل فى الدعوى الموضوعية قبل الفصل فى الدعوى الدستورية، مؤداه:

أولا: أن تنحدر بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محددة الأهمية التى لا ترتجى منها فائدة عملية.

ثانيا: تعطيل سيادة الدستور التى يتمثل مظهرها فى مجال الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، فى إهدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها فى نزاع قائم. وتلك مهمة لا تقوم بها إلا المحكمة الدستورية العليا التى خولها الدستور والمشرع اختصاص تجريد النصوص القانونية التى تخل بأحكامه من قوة نفاذها.

ثالثا: أن الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية؛ وما يتوخاه الطاعن من إبطال النص القانوني المطعون عليه، لا يزيد على إلغاء وجوده كيلا يطبق في النزاع القائم أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي مثل أمامها؛ فإذا لم يحصل في هذا النزاع على الترضية القضائية التي قام بموجبها، أو حصل عليها قبل أن تحدد المحكمة الدستورية العليا، النص القانوني الواجب تطبيقه في ذلك النزاع؛ كان ذلك تجريدا للحق في التقاضي من الفائدة العملية التي يستهدفها، بما يخل بنص المادة ٦٨ من الدستور، ويهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون المقرر بنص المادة ٦٥ من الدستور ويعطل ولاية السلطة القضائية في مجال صونها لحقوق المواطنين وحرياتهم([1]).

سابعا: الحق المقرر للمحاكم جميعها في اللجوء لنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- لكل محكمة ولكل هيئة ذات اختصاص قضائي -وإعمالاً منها للبندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تقدر بصفة مبدئية، دستورية النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليها، وأن تحيل هذه النصوص بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا ران على هذه النصوص ما يشي بمخالفتها للدستور؛ أو أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستوريتها بأن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل تحدده، إذا ظهر لها أن هذه النصوص لها من وجهها ما يظاهر مخالفتها للدستور.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو التي تقدر هذه المحكمة أو الهيئة جدية الدفوع التي تستنهضها، لا يدخل الفصل فيها في ولايتها، وإن كان الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها يرتبط بالفصل فيها.

وهي بذلك -وفي حقيقتها- من المسائل الأولية التي يجوز تعليق الفصل في النزاع على الفصل فيها. وليس لها بالتالي من شأن لا بالدفوع الشكلية ولا بالدفوع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة محكمة النقض.

([1]) ص ٢١٨ و٢١٩ من الحكم السابق.

ذلك أن محكمة النقض وإن قصر القانون المنظم لولايتها على الفصل فى مسائل القانون وحدها؛ إلا أن تقعيدها حكم القانون على أجزاء الحكم المطعون عليها، لا ينفصل عن تقيدها بالدستور، وهو القانون الأعلى أو هو قانون القوانين جميعها.

ويؤيد ذلك أن المسائل الدستورية جميعها تستنهض نطاق التطابق أو التعارض بين نصوص القانون التى تحكم النزاع المطروح عليها، وحكم الدستور. وهى تقدر حدود هذا التطابق أو التعارض من منظور الدلالة الظاهرة للنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، شأنها فى ذلك شأن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائى جميعها.

ولا تعتبر المسائل الدستورية بالتالى واقعا تتحراه محكمة الموضوع أو محكمة النقض. ولا هى بقانون يختلط بواقع لم تحققه محكمة الموضوع وتقول كلمتها فيه. وإنما تثير هذه المسائل حكم الدستور فى شأنها، وهى بذلك وثيقة الصلة بمهمة تطبيق القانون التى تقوم عليها محكمة النقض. ومن ثم تكون هذه المحكمة مخاطبة بنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، شأنها فى ذلك شأن غيرها من المحاكم على اختلافها([1]).

ثامنا: الشرطان اللازمان لعرض المسائل الدستورية على المحكمة الدستورية العليا

٣٥٣- وإذ تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى جدية دفع بعدم الدستورية أثير أمامها، أو تحيل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا النصوص القانونية التى ارتأتها مخالفة للدستور، فإن عليها فى الحالتين أن تتقيد بأمرين:

أولها: أن تكون النصوص القانونية المقول بمخالفتها للدستور، مؤثرة فى حل النزاع المعروض عليها. فإذا لم تكن لها به صلة، أو كانت صلتها بالنزاع غير مؤثرة فى نتيجته، لم تجز إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو قبول دفع بعدم الدستورية يتعلق بها.

([1]) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ -قاعدة رقم ١٨- ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ وكذلك القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٨٣ ص ١١١٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥- قاعدة رقم ٣١ -ص ٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثانيهما: أن يدل ظاهر النصوص المطعون عليها، على أن عوار مخالفتها للدستور قائم بها. وليس ذلك غير تقدير مبدئى لقيام هذا العوار بها Prima facie ولا يعتبر بالتالى حكما قطعيا نهائيا أو باتاً بمخالفتها للدستور. وإنما يظل التحقق من قيام هذه المخالفة أو تخلفها بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها.

ولئن جاز القول بأن التقدير الأولى لعوار اتصل بالنصوص القانونية التى تحكم النزاع، هو مما يدخل فى إطار السلطة التقديرية لكل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى؛ وكان من المسلم كذلك أن مضيها فى نظر النزاع المعروض عليها بعد الطعن فى دستورية النصوص القانونية اللازمة للفصل فيه، يفيد ضمنا رفضها للمطاعن الموجهة إلى هذه النصوص([1])؛ إلا أن من المقرر كذلك أن دخول الخصومة الدستورية فى حوزة المحكمة الدستورية العليا بأحد الطريقين المنصوص عليهما فى البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، مؤداه اتصال هذه الخصومة بها، وامتناع إخراجها من ولايتها، ولو طعن أمام محكمة أعلى فى القرار الصادر بإحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو فى الترخيص برفعها إليها. وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا، ما يأتى:

"إن ولايتها فى الرقابة القضائية على النصوص القانونية أساسها المباشر نصوص الدستور. وقد حدد قانون هذه المحكمة -وبتفويض من الدستور- طرقا ثلاثة لاتصالها بالدعوى الدستورية من بينها الإحالة بحكم محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، ولا يعكس الحكم -حال صدوره- صورا نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقا المنصوص عليها فى قانون المرافعات، والتى يجوز بمقتضاها الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهى للخصومة الموضوعية بتمامها، ذلك أن أحكام قانون المرافعات لا تسرى -كأصل عام- إلا بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل فى دستورية نص تشريعى، يمتنع الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحتم

([1]) القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

عليها وجوبا النظر فى دستورية هذا النص؛ ولو كان قد ألغى أمام محكمة الطعن -رغم عدم جواز ذلك- وإلا كانت متسلبة فى اختصاص نيط بها، ولرانت شبهة إنكار العجالة على تسلبها هذا([1])".

تاسعا: خصائص الدفوع بعدم دستورية النصوص القانونية([2])

٣٥٤- تتصل الدفوع بعدم الدستورية بتحديد القاعدة القانونية التى ينبغى تطبيقها فى نزاع من طبيعة قضائية. وتتغيا إطّراح النصوص القانونية التى يفترض تطبيقها فيه، وذلك من خلال فرض كلمة الدستور فى هذا النزاع وتغليبها على ما سواها. وتتسم هذه الدفوع بالخصائص الآتى بيانها:

أولاً: أنها لا تعرض مباشرة على المحكمة الدستورية العليا، وإنما يكون طرحها من خلال محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى بما فى ذلك محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، لا استثناء من هذه القاعدة إلا فى الحالتين المنصوص عليهما فى المادتين ١٦و٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا، التى تخولها أولاهما: الفصل فى شئون أعضائها -الحاليين والسابقين- سواء تعلق الأمر بمرتباتهم أو معاشاتهم أو مكافآتهم التى يستحقونها هم أو ورثتهم وكذلك الفصل في طلباتهم بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على طلباتهم هذه، وتقضى ثانيتهما: بسريان هذه الأحكام ذاتها على أعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا في كل ما تقدم بوصفها محكمة موضوع، بما يخول أعضاءها الحاليين أو السابقين، وكذلك أعضاء هيئة المفوضين، أن ينازع فى دستورية النصوص

([1]) القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ -قاعدة رقم ١٠٨ -ص ٩٠٧ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٦- ص ٣٩٦ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٨- ص ٢٧٠ من الجزء الثامن.

القانونية التى تحكم موضوع طلبه، وسواء كان هذا الطلب قائما على إلغاء قرار صادر فى شأنه، أو التعويض عن هذا القرار، أو هما معا، أو على إجراء تسوية مالية للحقوق التى يدعيها.

ولأن المحكمة الدستورية العليا تعتبر فى هذا النطاق محكمة موضوع، فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يجوز أن يطرح أمام هيئة المفوضين بها.

ثانيا: أن تقدير المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى لجدية دفع بعدم دستورية، ليس فصلا بقضاء قطعى فى المسألة الدستورية التى تعلق الدفع بها. ويعتبر قرار ضمنيا بقبول الدفع بعدم الدستورية، إرجاء المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى الفصل فى النزاع المطروح عليها إلى أن يقدم من آثار الدفع أمامها ما يدل على رفع دعواه الدستورية، وكذلك تعليق حكمها على الفصل فى المسائل الدستورية التى اتصل الدفع بها.

ثالثا: وتستقل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى التى أثير الدفع أمامها، بتقدير جديته. ومناطها ما تدل عليه النصوص القانونية المطعون عليها من وجهها، وليس بالنظر إلى أعماقها. أو بتعبير آخر على ضوء ظاهر هذه النصوص أو صورتها الخارجية لا حقيقتها الداخلية([1]).

رابعا: وتحدد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى مهلة للخصم الذى طرح عليها الدفع بعدم الدستورية بما لا يجاوز ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من اليوم التالى لتقدير جدية الدفع. ومن ثم تعتبر الأشهر الثلاثة هذه، حداً أقصى لرفع الدعوى الدستورية. فإذا جاوزها الخصم تعين الحكم بعدم قبول دعواه. وإذا جاوزتها محكمة الموضوع نفسها، تعين إنقاص المدة التى حددتها إلى مالا يزيد على الأشهر الثلاثة التى تعتبر حداً نهائيا لرفع الخصومة الدستورية.

([1]) انظر فى ذلك: القضية رقم ١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢١- ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٦ -ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٤/٢/١٢- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٨٣- ص ١١٥٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥- قاعدة رقم ٣١ -ص ٤٩٠ من الجزء الثامن.

خامسا: أن الحكم بعدم قبول هذه الخصومة الدستورية لرفعها بعد الأشهر الثلاثة المشار إليها، لا يمنع الخصم من أن يثير من جديد هذا الدفع أمام ذات المحكمة التى أثير الدفع أمامها ابتداء، إذا كان النزاع لازال مطروحاً عليها، وإلا فأمام المحكمة التى تعلوها إذا انتقل النزاع إليها. ذلك أن ميعاد الثلاثة الأشهر ليس من مواعيد السقوط التى لا يجوز وقفها ولا يتعلق انقطاع بها حتى يكفل المشرع جريانها دون عائق إلى أن تكتمل مدتها.

وآية ذلك أن مواعيد السقوط هي التى يحدد المشرع بدايتها ونهايتها وكذلك الواقعة المجرية لها. ولا كذلك الترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال ميعاد معين، ذلك أن المحكمة هى التى تحدد بنفسها بداية هذا الميعاد ونهايته، وإن تعين خفض المدة التى حددتها لرفعها إذا زاد مقدارها على ثلاثة أشهر، وبما لا يجاوزها([1]).

سادسا: وإذا ما حدد القاضى للخصم ميعاداً لرفع دعواه الدستورية، تعين أن يلتزم الخصم به، فلا يفاضل بين ميعاد حدده القاضي وبين مهلة الثلاثة الأشهر التى فرضها المشرع كحد أقصى لرفعها، ليختار أطولهما. وإنما عليه أن يتقيد بالمهلة التى حددها القاضى لرفعها، ولو كانت أقل من مهلة الأشهر الثلاثة المشار إليها.([2])

سابعا: لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى أن تمنح الخصم الذى أثار الدفع بعدم الدستورية مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة القديمة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول.

([1]) القضية رقم ٦٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٥- ص ٣٩٠ وما بعدها من الجزء الثامن، وكذلك القضية رقم ٧٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٤/٥ -قاعدة رقم ٥٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦١ ص ٩٠١ وما بعدها من الجزء الثامن. ويلاحظ أن أية مهلة تحددها المحكمة للخصم لرفع الدعوى الدستورية لا تسرى فى حقه إلا إذا كان علمه بها يقينيا.

[أنظر فى ذلك القضية رقم ١١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٩٠- ص ١٢٣١ من الجزء الثامن].

فإذا صدر قرارها بالمهلة الجديدة بعد انقضاء الميعاد الأول، اعتبر هذا القرار مجرداً من كل أثر([1]).

ثامنا: يتحدد نطاق الخصومة الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذى أثير أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي وفى الحدود التى تقدر فيها جديته. ولا تقبل الخصومة الدستورية بالتالي فيما يجاوز نطاق النصوص القانونية المدفوع بمخالفتها للدستور.

على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الدستورية العليا فى حالتين:

أولاهما: أن ترتبط النصوص القانونية المطعون عليها عقلا بنصوص أخرى غير مطعون عليها، فلا يكون تضامم هذه النصوص إلى بعضها غير تعبير عن تكاملها. وهو ما يتحقق على الأخص إذا كان الفصل فى النصوص المطعون عليها وحدها لا يحقق نتيجة عملية للطاعن. ومن ثم تؤخذ معها وإلى جانبها النصوص القانونية التى تعطى النصوص المطعون عليها معناها.

ومن ذلك أن لكل جريمة عقوبتها. فإذا طعن خصم فى نصوص التجريم، تعين أن يتحدد نطاق هذا الطعن ليس فقط على ضوء تلك النصوص؛ وإنما بربطها بالعقوبة التى فرضها المشرع على مخالفتها.

ثانيتهما: إذا بدأ من مقاصد الطاعن من تجريح النصوص المدفوع بعد دستوريتها، أنها لن تبلغ غايتها بغير ضم نصوص أخرى إليها([2]).

تاسعا: أن الدفع بعدم الدستورية كان يعتبر فى قضاء متواتر لمحكمة النقض من قبيل الدفوع الموضوعية التى لا تجوز إثارتها لأول مرة أمامها. إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض أصدرت فى الطعن المقيد بجدولها برقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق

([1]) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨-قاعدة رقم ١٠٤- ص ١٣٦٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية"؛ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦١٥- ص ٩٠٢، ٩٠٣ من الجزء الثامن.

([2]) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٦ -ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع.

هيئة عامة، حكمها في شأن الآثار المترتبة على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لازم للفصل في الطعون بالنقض المطروحة، وقد خلص قضاؤها في ذلك إلى أن ثمة رأيين يتنازعان هذا الموضوع:

أولهما: ومؤداه أن أثر الحكم بعدم الدستورية لا ينسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدوره على نشر الحكم بعدم الدستورية، ولو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة النقض.

ويقتضي ثانيهما: إعمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض.

وقد انحاز قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض في الطعن المشار إليه إلى الاتجاه الثاني تأسيساً على أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، يعتبر كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص. ويتعين بالتالي إعمال كل حكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون –من اليوم التالي لنشر هذا الحكم– على الطعون المنظور أمام محكمة النقض، ولو صدر هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه، بحسبان أن تطبيق قضاء المحكمة الدستورية العليا أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها.

عاشرا: الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا

٣٥٥– قد لا يبصر الخصم عوار مخالفة النصوص القانونية التي تحكم النزاع للدستور. فإذا أدركتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي المطروح عليها النزاع، تعين عليها –وعملاً بالبند أ من المادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا– أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، وأن يكون قرارها بإحالة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في صحتها أو بطلانها، قاطعا باتجاه إرادتها إلى عرضها عليها حتى تقول كلمتها فيها، ومتضمنا بيان هذه النصوص بصورة تفصيلية، فضلا عن تحديد أوجه مخالفتها للدستور.

ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى مكلفة بالخضوع للقانون، شأنها فى ذلك شأن الناس جميعهم، وشأن الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها. ويقتضيها هذا الخضوع ألا تطبق على النزاع المعروض عليها قاعدة قانونية تناقض الدستور شكلاً أو مضموناً.

فإذا بان لها من وجهة مبدئية أو أولية أن عيباً اعتراها بما يبطلها لخروجها على الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها أو لمجاوزتها مادة الدستور أو محتواه، فإن عليها أن تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، وأن تتربص قضاءها فيها، فلا تفصل فى النزاع المعروض عليها إلا بعد صدوره([1])

٣٥٦- وتعتبر الإحالة منصرفة ليس فقط إلى النصوص القانونية التى عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى، وإنما كذلك إلى غيرها من النصوص التى ترتبط عقلاً بها وتتضامم معها فى تحديد الإطار المنطقى للخصومة الدستورية. فضلا عن النصوص التى يدل هذه المحكمة أو الهيئة على اتجاه إرادتها إلى عرضها على المحكمة الدستورية العليا، ولو لم تشر إليها صراحة.

حادى عشر: رخصة التصدى المخولة للمحكمة الدستورية العليا

٣٥٧- والطريقتان السابقتان لاتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، والمنصوص عليها فى البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، تفترضان تعلق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بنزاع غير معروض على المحكمة الدستورية العليا. ولا كذلك مباشرة هذه المحكمة لرخصة التصدى المنصوص عليها فى المادة ٢٧ من قانونها. ذلك أنها تفترض وجود نزاع أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها، وأن الفصل فيه يدخل فى اختصاصها، وأن القاعدة القانونية التى تحكم هذا النزاع أو التى تؤثر فى نتيجته، قد داخلتها فى تقدير المحكمة الدستورية العليا شبهة مخالفتها للدستور، فتحيلها إلى هيئة المفوضين بها لتقدم تقريراً برأيها فيها ثم تصدر حكمها بصحتها أو بطلانها بعد إيداع هذا التقرير لديها.

([1]) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٣/٢- قاعدة رقم ٣٠- ص ٥٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣٥٨- ويقابل نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حكم البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن هذه المادة وذلك البند يستهدفان توكيد مبدأ الخضوع للقانون -والدستور فى ذراه- حتى لا تطبق أية محكمة فى نزاع معروض عليها، غير النصوص القانونية التى تتصل به وتؤثر فى نتيجته، وبشرط اتفاقها مع الدستور. ومن ثم تتكامل للشرعية الدستورية حلقاتها من خلال إعلاء المحاكم جميعها -وأيا كان موقعها- لنصوص الدستور على ما عداها.

٣٥٩- على أن لرخصة التصدى المنصوص عليها فى المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا شروطها الخاصة بها، والتى لا شأن لها بشروط تطبيق البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن الرخصة المخولة للمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٢٧ من قانونها، مقيد إعمالها بالشروط الآتى بيانها:

أولا: أن يكون ثمة نزاع مطروح أصلا على المحكمة الدستورية العليا وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها([1]). وهذا النزاع هو الخصومة "الأصلية" المطروحة عليها. وليس بشرط أن يتخذ ذلك النزاع شكل خصومة دستورية. ذلك أن الخصومة التى تطرح على المحكمة الدستورية العليا، وتدخل فى اختصاصها، قد تكون خصومة تنازع على الاختصاص، أو خصومة مناطها التناقض بين حكمين قضائيين نهائيين. وتدخل هذه الصور جميعها فى مفهوم النزاع المعروض على المحكمة الدستورية العليا فى حدود ولايتها. ولا يعتبر طلب تفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعيا، خصومة قضائية فى تطبيق أحكام المادة ٢٧ من قانونها([2]).

ثانيا: أن تقدر المحكمة الدستورية العليا أن للنزاع الأصلى المعروض عليها صلة بنص قانونى عرض لها بمناسبة نظرها لهذا النزاع؛ وأن هذا النص يبدو من وجهه مخالفا للدستور.

([1]) انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية – المحكمة الدستورية العليا -جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣- قاعدة رقم ٥ -ص ٢٢٤ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها حيث تقرر المحكمة بأن إعمالها لرخصة التصدي المخولة لها بنص المادة ٢٧ من قانونها، منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدى، متصلا بنزاع معروض عليها. فإذا انتفي قيام النزاع أمامها، لم يعد لرخصة التصدى سند يسوغ إعمالها.

([2]) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير-جلسة ١٩٩٥/١٠/٢١- قاعدة رقم ٢ -ص ٨٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وتتحقق الصلة بين ذلك النص وبين الخصومة الأصلية المطروحة عليها، إذا كان الفصل في دستوريته مؤثراً في محصلتها النهائية([٣]).

ثالثا: أن تحيل المحكمة الدستورية العليا إلى هيئة المفوضين بها النص المناقض في تقديرها المبدئي للدستور، كي تعد هذه الهيئة تقريرها فيه، لتفصل هذه المحكمة نهائياً بعد إيداع هذا التقرير لديها، في صحة أو بطلان ذلك النص.

٣٦٠- وما تقدم مؤداه:

* أن الخصومة المرفوعة أصلا إلى المحكمة الدستورية العليا، هي الخصومة الأصلية التي يتعلق موضوعها بالنزاع المطروح عليها ابتداء.

* وإلى جواز هذه الخصومة الأصلية، تقوم خصومة فرعية محلها نص قانوني يتصل الفصل في دستوريته بالخصومة الأصلية أيا كان موضوعها. وهو ما لا يتصل بها إلا إذا كان مؤثرا.

ويبدو بالتالي محل نظر قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية([١]) ذلك أن النص الذي كان مطعونا عليه في هذه الخصومة هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الذي حظر على أعضائه الطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بنقلهم أو ندبهم. وقد تبين للمحكمة الدستورية العليا أن هذا الحكم مقرر كذلك بنص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية بالنسبة إلى رجال القضاء العاملين في المحاكم، فتصدت لهذا النص حتى تفصل في دستوريته هو ونص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة بحكم واحد، وفاتها أن التصدي لدستورية نص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية لن يؤثر على الإطلاق في النزاع المرفوع إليها أصلا في شأن دستورية نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة، وأن هذين النصين وإن كانا متشابهين، إلا أن مجرد تشابهها لا يخولها الفصل في دستورية نص المادة ٤٨

([٣]) الحكم السابق ص ٨٣٤.

([١]) صدر هذا الحكم بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٤، ونشر في ص ٥٠ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

من قانون السلطة القضائية لانعدام صلته بالنزاع المعروض عليها أصلاً، وانعدام أثره بالتالى على نتيجة الفصل فى هذا النزاع.

* أن الصلة بين هاتين الخصومتين لازمها أن تفقد الخصومة الفرعية كل مبرر للفصل فيها إذا لم يعد للخصومة الأصلية من وجود. ذلك أن الخصومة الفرعية أمر عارض على الخصومة الأصلية، تبقى ببقائها وتزول بزوالها. ويتعين بالتالى أن تتوافر فى الخصومة الأصلية شرائط قبولها، وأن تظل مستوفية لها حتى الفصل فى الخصومة الفرعية وبشرط أن تستكمل هيئة المفوضين تحضير هذه الخصومة بأن تقدم رأيها القانونى فى شأن دستورية النص المحال إليها من المحكمة الدستورية العليا، وأن يتم هذا التحضير وفق أحكام المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانونها([1]).

([1]) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٧- ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل الثالث والعشرون
الطريق إلى الديموقراطية فى مصر والشرعية الدستورية

المبحث الأول
فرائض الديموقراطية

٣٦١- تفترض نظم الحكم الديمقراطية خضوع الدولة للقانون بحكم كونها تابعة لقاعدة تعلوها لا تصنعها ولا يجوز أن تخل بها، وإنما تحيط بها وتقيد كافة سلطاتها وأجهزتها.

وليس مهما القول بأن الدولة هى تشخيص للجماعة، ولا بأنها تمثل الفروق بين الحاكمين والمحكومين الذين يتعاونون معها فى إدارة وتسيير مرافقها.

ذلك أن قاعدة القانون التى تعلوها وتقيدها، هى التى تحدد كذلك واجباتها، وكافة مظاهر التعبير عن إرادتها. وإذا كان البعض من أنصار النظرية الفردية La doctrine individualiste يقول بوجود حقوق طبيعية لا تتقادم، ولا يجوز النزول عنها، وإنها سابقة فى وجودها على الدولة وتقيد حركتها؛ وكان آخرون من أنصار مفاهيم التضامن الاجتماعى La conception solidariste يقولون بأن قاعدة القانون الأعلى الغائرة فى الضمائر، هى التى تقيد الكافة؛ فإن وجود هذه القاعدة -أيا كان أساسها- لا يجوز إنكاره.

ولا محاجة بعد ذلك فيما يقرره بعض الفقهاء والفلاسفة الألمان مثل Kant, Hegel , Ihering Jellinek من أن القانون من خلق الدولة تصوغ أحكامه بنفسها، فلا يقيدها إلا فى الحدود التى تقبلها.

ذلك أن آراءهم هذه لا تفضى لغير مفاهيم السلطة المطلقة فى الداخل L'absolutisme à l'interieur والحق فى الغزو والفتح فى الخارج La politique de conquête à l'exterieur وجميعها مفاهيم تناقض حقيقة أن القانون بغير القوة، عجز مطلق؛ وأن القوة بغير قانون هى

التحكم، وأن القوة التى لا يوجهها القانون ويقيدها هى الفوضى(1). وليس انتحال الدولة بالتالى لسلطة لا تملكها قانونا، غير تقويض لهذه السلطة ذاتها يجيز التمرد عليها وعصيانها.

وإذا قيل بأن مجاوزة الدولة حدود قاعدة القانون التى تعلوها،لن يقترن بجزاء، لأن عناصر القوة بيدها، ويستحيل أن توجهها ضد نفسها، وبما يناقض مصالحها؛ إلا أن مفاهيم التفرد بالسلطة وبالقوة التى تقارنها، يتعين أن يوازنها التكوين الداخلى للسلطة السياسية التى تواجه تحكم الدولة L`omnipotence de l`Etat من خلال نظم برلمانية غايتها ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم فى إطار مبدأ الشرعية. Le Principe de légalité ومؤداه أن مجاوزة السلطة حدود ولايتها، تدل على انحرافها ليس فقط عن تخوم هذه الولاية، وإنما كذلك عن الأغراض التى يفترض أن تستهدفها.

ولم يعد جائزا أن تدير الدولة أوجه نشاطها، ولا أن تشرع لتنظيمها، مطمئنة إلى غفوة الرقابة عليها أو تراخيها. ذلك أن وثائق إعلان الحقوق والدساتير الجامدة تقيدها وتوجهها. وإلى جانبها السلطة القضائية التى كفل الدستور استقلالها وحيدتها لتفصل بضوابطها الموضوعية فى كل نزاع من طبيعة قضائية تكون الدولة طرفا فيه. فلا يكون تنفيذ أحكامها غير خضوع مطلق للقانون يستنهض نصوص هذه الوثائق وتلك الدساتير، ومعها كذلك المبادئ العامة للقانون، وهى غير مدونة بطبيعتها وعريضة فى اتساعها. وجميعها من عناصر مبدأ ذى قيمة مطلقة فى مجال تطبيقه، هو مبدأ الشرعية(2).

وتظل النظم الديمقراطية مختلفة فيما بينها فى أشكالها وابعادها، وإن كانت الخطوط التى تجمعها، والركائز الجوهرية التى تقوم عليها، واحدة فى مفاهيمها إلى حد القول بأن غيابها فى نظم بعينها مؤداه انفكاك الطبيعة الديمقراطية عنها، وتخلفها فى جوهر خصائصها. وهذه الخطوط الرئيسية التى تربط النظم الديمقراطية ببعض،هى التى نتناولها فى الأفرع الآتى بيانها.

---

(1) قرر Seydel -وهو أحد الفقهاء الألمان- أنه فيما بين الدول، ليس ثمة قانون. ذلك أن القوة هى التى تحكمها وليس ثمة قيمة لغير القوة.

[مشار إليه فى الطبعة الثالثة من الكتاب الثالث للعميد دوجى (باريس ١٩٣٠) وعنوانه:

[Traité de Droit Constitutionnel].

(2) انظر فى ذلك:

Duguit, Traité de Droit Constitionnel, Tome 3 , Troisiéme Editon, pp 589 - 790.

المبحث الثاني
التعددية La pluralisime

٣٦٢- لا ديموقراطية بغير تعددية. ونظم الحكم المدنية في كل أشكالها جوهرها التعددية التي تناقض الاحتكار والانفراد والتسلط والتحجر والانزواء. ولا مكان للتعددية بالتالي في نظم تتركز السلطة فيها في يد واحدة تطلقها في كل شأن،لتحكم قبضتها على الحياة في كافة مظاهرها أو في صورها الأكثر أهمية.

وليس للتعددية كذلك من وجود في نظم تحدد بنفسها حقوق الأفراد وحرياتهم في مضمونها ونطاقها وشرائط مباشرتها؛ ولا في نظم لا تقبل من الآراء إلا ما يوافقها ولا يتخطى خطوطا حمراء تعينها؛ ولا في نظم تقبض بيدها على أرزاق مواطنيها بعد تصنيفهم بين مؤيد لها ومعارض لتوجهاتها؛ ولا في نظم تطارد خصومها وتسخر القانون لخدمة مصالحها الضيقة؛ ولا في نظم تقوم على احتكار مصادر الثروة وتقوض بنيان القطاع الخاص، ولا في نظم لا تستثير اهتمام المواطنين بها وتحملهم على الانزواء بعيداً عنها. ذلك أن التعددية تمثل من الديموقراطية نواتها ونبض قلبها، ومن حقوق المواطنين وحرياتهم ركيزتها. وهي بذلك قيمة دستورية مطلقة لا يجوز تقييدها، ولا يتصور أن يكون لها وجود في أجواء خانقة تحيط بها. وهي جوهر الديموقراطية أو أساسها le fondement de la démacratie وليس مجرد شرط لتطبيقها([1]) Une des conditions de la demacratie.

المطلب الأول
التعددية مدخل للديموقراطية وضرورة للتقدم

٣٦٣- ويستحيل بالتالي تصور الديموقراطية بغير تعددية تتداح دائرتها لتفرض نفسها على النظم الاقتصادية والسياسية والإجتماعية والثقافية جميعها. فلا تجد هذه النظم مكانها ومكانتها بدونها، ولا يفترض وجودها ولا تطورها وفقا للدستور فيما وراءها.

([1]) قضى المجلس الدستوري بقراره الصادر في١٩٩٠/١/١١ [C.C.8,-271 D.C.,11 janv.1990·R.P.21] بأن تنوع الأفكار والآراء أساس الديموقراطية. وكان قد قضى بقراره الصادر في ١٩٨٦/٩/١٨ بأن التعددية أحد شروط الديموقراطية.

ولا يجوز بالتالي النظر إلى التعددية باعتبارها مطلبا مرغوبا فيه فقط، وإنما هي ضرورة مطلقة، وحتمية لا مناص منها كطريق للتقدم. ومن ثم صح القول بأنها وعاء لكل الآراء، ولكافة القيم في توافقها وتناحرها، في تخالفها وتقابلها. وهي كذلك مدخل لحق الإنسان في أن يعلم، وأن يستقل بإرادة الاختيار، وأن يفاضل بين بدائل، وأن يحصل على كل معلومة يريدها، وأن يقابلها بغيرها، وأن يرصدها في كافة مواقعها، وأن يطور من ملكاته، وألا تنحصر آفاق مداركه، وأن ينفذ إلى كافة الآراء حتى تلك التي تضيق السلطة بها، وأن يطل عليها بكل الوسائل، وفيما وراء حدوده الإقليمية، وبغير أن يقيد المشرع من تدفقها سواء بتقليص أدواتها أو طرائق نقلها أو وسائط تداولها(١).

٣٦٤- ولا يجوز بالتالي في إطار التعددية، أن تكون الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام مجرد مرآة لمن يملكونها أو يوجهونها، تعبر عن ذواتهم أو عن مصالحهم. فلا تكون أبوابها متاحة لمن يطرقونها، وإنما يصدون عنها، بما يناهض حرية التعبير التي تفترض تعدد قنواتها واتساع دائرة السوق المفتوحة لعرض الآراء من خلالها، وتنوع هذه الآراء واختلافها فيما بينها. فلا يكون احتكار الآراء أو حتى تقييد دائرة تلقيها أو عرضها غير نقيض لحرية التعبير. وهي من صور التعددية التي تتأبى على التخصيص، ولا تقبل غير تنوع مجالاتها طولا وعمقا. وهي بذلك لا تقتصر على تعدد الآراء من منظور حرية التعبير. ولكن دائرتها الأعرض تواجه كذلك حرية الابتكار والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها، سواء كان التعبير الخلاق موسيقياً أو رمزياً أو بالصورة أو بالمسرح أو بغير ذلك من وسائل الابتكار على تباينها -ما كان أدبيا أو فنيا أو صناعياً أو بحثياً- بما يكفل اتساع آفاق العلوم والفنون في طرائقها وقنواتها وألوانها وأهدافها.

وتنتقل التعددية من دائرة العلوم والفنون، إلى دائرة التكوين الاجتماعي، فلكل جماعة أقلياتها وثقافاتها ومصادر تراثها المختلفة. وتكفل التعددية لكل أقلية خصائصها التي تنفرد بها، والحق في التعبير عن توجهاتها، ومواجهة الأغلبية باحتياجاتها.

---

(١) يقول المجلس الدستوري الفرنسي بقراره الصادر في ١٩٨٨/٣/١٠، بأن تعدد الآراء والأفكار فريضة دستورية تقتضيها التعددية، وأن تنوع الآراء والأفكار هو أساس الديموقراطية.

C.C.88- 242 D.C. 10 mars 1988 R.p. 36.

والمواطنون فى الدولة الواحدة قد لا تجمعهم أصول عرقية واحدة بما مؤداه تباين ثقافتهم وتنوع اهتماماتهم، وحتى تضاد مصالحهم. والتعددية طريقهم إلى التعبير عن ذلك كله فى إطار من الحقوق التى كفلها الدستور لكل مواطن.

٣٦٥- والتعددية بذلك فريضة دستورية Une exigence constitutionnelle تناقض انصهار الحياة السياسية فى تنظيم حزبى وحيد يتسلط عليها ويوجهها. ذلك أن التعددية الحزبية Multipartisme هى قاعدة النظم السياسية ومحورها. فلا ينغلق محيطها على تكوين خاص يرتبط بالسلطة، ويعمل بإمرتها. وإنما تحيط الأحزاب المختلفة بها، لتعارضها وتقوم اعوجاجها، ولتحل محلها فى إطار النظم الديمقراطية التى تفترض تبادل السلطة وانتقالها فيما بين الأحزاب السياسية على ضوء ثقلها ومكانتها بين المواطنين.

ولا يجوز بالتالى تعليق تأسيسها على ترخيص، ولا منعها من اختيار طرائقها فى العمل، ولا تحديد برامجها الأقدر على تحقيق أهدافها، ولا عرقلة نشاطها أو مطاردة أنصارها، أو منعهم من الانضمام إليها أو الخروج منها، أو حرمانها من التنافس فيما بين بعضها البعض وصولا إلى الحكم. ودون ذلك تكون الحياة السياسية هامدة خطواتها، فقيرة ملامحها بما يحيلها قوة عاجزة ليس لها من فعاليتها وحيويتها وتنوع مصادرها، ما يكفل لها تحقيق تغيير يكون مطلوبا([1]).

شأن الحرية السياسية فى ذلك شأن حرية الاجتماع التى تكفل بذاتها حق من حضروه فى تحديد المسائل التى يناقشونها، وتقرير حلول يرونها فيما يؤرقهم على ضوء مفاضلتهم بين آراء مختلفة وتعمقهم أوجه خطئها أو صوابها. ولا يجوز للسلطة بالتالى أن تترصدهم لآراء أبدوها، ولا أن تسائلهم عنها، ولا أن تمنعهم من حضور اجتماع حتى لا يسهموا فيه بنشاطهم.

([1]) وحتى المعونة المالية التى قد تمنحها الدولة للأحزاب السياسية القائمة، وإن كان الدستور لا يمنعها، إلا أن تدخل الدولة بها يكون محظورا، إذا كان الغرض من صرفها تحقيق نوع من التبعية تربط هذه الأحزاب بالدولة، أو إجهاض التعبير الديمقراطى عن مختلف الآراء والأفكار.

Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir ni à établir un lien de dépendence d'un parti politique vis -a vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

C.C.89 - 271. D.C. ,11 Janv. 1990 , R.P.21

وشأن مصادرة حرية الاجتماع أو تقييدها بغير مبرر، شأن الإخلال بكافة النظم التى تتفرع عنها وتستظل بها، كالنظم النقابية فى مستوياتها المختلفة. ذلك أن هذه النظم لا يكون لها من وجود إذا علق المشرع تأسيسها على قرار يصدر عن جهة إدارية أو قضائية. وكذلك إذا منعها من اختيار أدواتها ووسائلها فى العمل، أو حد من سلطة التقرير التى تملكها فى كل شأن يتعلق بها. فضلا عن أن تعدد النظم القائمة على حق الاجتماع -وحتى تلك التى تتوافق فى الخطوط الرئيسية لأهدافها- يكفل تنافسها لتحقيق الخير العام ليس فقط لأعضائها، وإنما كذلك للمواطنين خارج دائرتها.

المطلب الثانى
التعددية قيمة دستورية

وتظل التعددية ليس فقط قيمة دستورية، بل ضرورة عملية يرتبط بها التنوع فى مظاهر الحياة على اختلافها، فلا تتسم برتابتها ولا بجمودها.

وتعارض التعددية بوجه خاص احتكار وسائل الأعلام، وتقيد حقوق من يملكونها أو يديرونها. وليس لهؤلاء وهؤلاء تحديد نوع الآراء التى تطرح فيها، ولا مصادرة وسائل نقلها، ولا التمييز بين المواطنين فى مجال عرضها، ولا تحديد دائرة من يتلقونها أو من يقولون بها. وإنما هى الآفاق المفتوحة نوافذها لها؛ تسعها فى كل صورها، وبغض النظر عن مضمونها. ذلك أن وجاهة بعض الآراء أو قبحها، لا تحدد درجة القبول بها. وثراء بعضها فى معلوماتها، أو عمق الفائدة التى تعود على المواطنين منها، ليس بشرط لترويجها.

ومرد ذلك أن الآراء لا يجوز تصنيفها إلى آراء مؤثرة بالنظر إلى قيمتها؛ وآراء عقيمة على ضوء تخلفها وضيق أفقها. فالتعددية لا تستقيم خصائصها، بغير رحابتها وتسامحها، وتنوع مجالاتها، وبتراضيها على التوفيق بين عناصر التنافر، وبنزولها على الحقائق.

وهى بذلك عنوان صدق الحملة الانتخابية التى لا يجوز أن يقلص المشرع من دائرة المرشحين الذين يتزاحمون فيها؛ ولا من دائرة الناخبين الذين يفاضلون بينهم؛ ولا أن تخل بحق الأولين فى تكافؤ الفرص التى يعرضون من خلالها برامجهم ويتولون الدفاع عنها والترويج لها،

بما يقربهم من الناخبين ويحيطهم بكافة الحقائق التى تتعلق بمنافسيهم؛ وبأوجه التوافق والتعـارض معهم، وبأيهم أجدر بالدفاع عن مصالحهم، وأدنى إلى ثقتهم.

كذلك فإن المواطنين الذين تتعلق مصالحهم بمشروع ما، يعنيهم البصر بكافة الحقائق التـى تتعلق بكيفية تسييره، وبنواحى القصور فيه، وبمصادر التمويل التى يعلنها وتلك التـى يخفيـها، وبمصارفها الظاهرة والمستترة، وبقنواتها الموافقة والمخالفة للقانون، وببرامجـها فـى العمـل ومراحل تنفيذها، ونطاق سلطاتها وحقيقة أغراضها.

ويفترض ذلك تمكينهم من النفاذ إلى كل معلومة تتعلق بالمشروع،بقدر اتصالها بمراقبتـهم لحسن سيره. وتلك صورة من التعددية التى تبسط آفاقها كذلك علـى تنـوع المعـاهد التعليميـة واختلافها فى مناهجها وطرائقها فى التعليم ووسائل عرضها، وثراء مستوياتها، وعمق بحوثها بما يوفر فرص المواطنين في المفاضلة بينها، فلا يختارون منها غير ما يوافق ملكاتهم وقدراتهم دون تمييز بينهم مرده إلى لونهم أو أصلهم([1]).

٣٦٦- والتمييز بين المواطنين المتماثلين فى المراكز القانونية،سواء من خلال الاستبعاد أو التفريق أو التفضيل أو التقييد، يناقض تساويهم أمام القانون،ويقوض حيوية الجماعة التى ينضمون إليها. فلا يتضامنون معها، بل ينقلبون عليها وينعزلون عنها، ولا يتواصون فيما بينـهم علـى التعاون.

ولن يكون العمل العام بالتالى محصلة جهودهم ولا ناتج خبراتهم، ولا تعبيراً عـن وعيـهم بمصالح أمتهم، بل توجها فردياً تتعثر خطاه، بما يناهض التعددية ويهدم أسسها. كذلك فإن مصلحة المواطنين فى إدارة المرافق العامة الحيوية لحسابهم، هى التى تقتضى من الدولة -وعلى الأقـل- أن تكون شريكاً فيها حتى لا يستقل القطاع الخاص بها ويوجهها منفرداً بشئونها.

([1]) C.C.84 - 181 D.C., 10-11 Oct. 1984 , R. P. 73.

المطلب الثالث

تعلق التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها

٣٦٧- ويحرص قضاة الشرعية الدستورية على ضمان التعددية فـي صورهـا المختلفـة بالنظر إلى تعلقها بصور نشاط الإنسان على تباينها،وعلى الأخص ما ارتبط منها بالاختيار الحـر فى مجال حق الاقتراع والمفاضلة بين الآراء، والموازنة بين الأحزاب، والمقابلة بيـن العقـائد؛ وتحديد ما يمتهن من الأعمال، وما نسلكه من طرائق الحياة، ومـا نقيمـه مـن أشـكال النظـم الديموقراطية وفق مفاهيمها المعاصرة، وما يقتضيه الدفاع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافـها، ومقاومة كافة الضغوط التى تحد من حركتها. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال اللجوء إلـى فرائض العقل لتعميق إرادة الاختيار، ولتقرير الحلول الملائمة لأوضاع قائمة. فلا تكون الحيـاة صوتاً واحداً، ولا تعاق آراء جديدة عن الظهور، ولا يسحق كيان أكبر غيره. وإنما تتعانق النظـم جميعها من خلال المفاهيم الديموقراطية كطريق وحيد لتعميق إرادة الاختيار، ولتداول السلطة بما ينافى تركيزها فى يد واحدة وكأنها ورثتها؛ فلا تكون الحياة موصدة أبوابها،ولا توجـهها منفـرداً واقعاً وراء جدران مغلقة.

بل حواراً متصلا ومتداخلاً لا يعتبر فقط مجرد مظهر للتعبير عن المصالح الوطنية، وإنمـا هو كذلك قاعدة تكوينها[1].

---

[1] راجع فى ذلك قرارات المجلس الدستورى الآتية:

C.C. 81- 129 D.C., 30- 31- Oct 1981, R.p. 35; C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1983 R.p. 48; C.C. 84- 181 D.C. 10-11 Oct. 1984, R.p. 73; C.C. 86- 210 D.C., 29 juil. 1986. R.p. 110; C.C. 88- 248 D.C. 17 janv. 1989. R.p. 18.

المبحث الثالث
ضرورة النزول على القيم التي تعلو الدستور

٣٦٨- لم يكن التعبير القائم اليوم من أن للإنسان حقوقاً لا يجوز التفريط فيها، تعبيراً قديماً، فقد كان لجون لوك -وهو أحد الفلاسفة الإنجليز خلال القرن السابع عشر وأحد أهم أنصار القانون الطبيعي- وكذلك لكل من فولتير ومونتسيكو وجان جاك رسو -وهم من فلاسفة فرنسا في القرن الثامن عشر- فضل توكيد كثير من حقوق الإنسان.

ومن ذلك ما قرره لوك أبان الثورة الإنجليزية لعام ١٦٨٨([1]) من أن للفرد -وبوصفه كائناً من البشر- حقوقاً لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى وجودها في إطار الحالة الطبيعية التي كان عليها، والسابقة على دخول الأفراد في تنظيم اجتماعي من طبيعة مدنية. ويندرج في إطار هذه الحقوق، حقهم في الحياة وفي الملكية، وفي التحرر من تدابير القهر التي تتخذها السلطة التحكمية قبلهم.

ذلك أنهم ما نزلوا للدولة -ومن خلال عقد اجتماعي معها- إلا عن الحق في حماية هذه الحقوق وفرضها على من يخلون بها. ولكنهم لم يتخلوا لها عن أصل تلك الحقوق التي احتفظوا بها لأنفسهم. وهو ما خولهم الحق في مقاومتها والثورة عليها إذا كان ضمانها لحقوقهم تلك قاصراً أو غير قائم.

وقد انضم إلى لوك آخرون تأثروا بالأفكار القائمة في زمنهم، وانحازوا إلى حكم العقل. فانتقدوا بكل قوة فرائض الدين، والحقائق العلمية التي لا تجوز مناقشتها Scientific Dogmatism والقيود الاجتماعية -الاقتصادية التي تفرضها الدولة على مواطنيها. وأبدلوا ذلك كله بالقيم التي تخص الناس جميعهم في كل عصر، والتي لا يجوز النزول عنها.

وقد كان لهذه الأفكار أثر كبير في الدول الغربية في نهاية القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التالي. فقد كانت الثورة الإنجليزية عام ١٦٨٨ ووثيقة الحقوق التي أفرزتها، ماثلة أمامها ليس فقط كحقيقة تاريخية، وإنما كذلك من منظور نوع الحقوق التي ناضل الثوار الإنجليز لتثبيتها.

([1]) تسمى الثورة المجيدة The glorious revolution.

وتبعهم فى ذلك توماس جيفرسون فى أمريكا الشمالية الذى صاغ وثيقة إعلان الاستقلال بصورة شاعرية وبعبارة بليغة([1]). متأثرا فى ذلك بجون لوك ومونتسكيو. إذ تقرر هذه الوثيقة أن الحقوق التى تضمنها، واضحة بنفسها، وأن جوهرها أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً. وأن خالقهم منحهم حقوقاً لا يجوز النزول عنها، ويندرج تحتها الحق فى الحياة، وفى الحرية، وفى تحقيق سعادتهم.

وحذا المركيز De Lafayette فى فرنسا حذو الثورتين الإنجليزية والأمريكية فيما قررتاه من حقوق للناس لا يجوز الإخلال فيها. فقد أصر على أن الناس ولدوا أحراراً متكافئين فى الحقوق، وأنهم يظلون كذلك وكان منطقيا بالتالى أن تردد الحقوق التى كفلتها هاتين الثورتين، أصداءها فى إعلان حقوق الرجل والمواطن Declaration of the rights of Man and citizens الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٦.

فقد قرر هذا الإعلان أن لكل رجل حقوقاً لا تتقادم ولا يجوز النزول عنها، وأن حقوقه هذه تتمثل فى الحرية، وفى الملكية، وفى الأمن ومقاومة الطغيان، وأن الحق فى الحرية لا يقتصر على تحرير الإنسان من صور القبض والاحتجاز غير المبرر، وإنما يشمل كذلك حرية تبادل الآراء، والحق فى الاجتماع، وحرية العقيدة.

وهذه الحقوق ذاتها هى التى رددتها بعد ذلك وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية المضافة فى عام ١٧٩١ إلى الدستور الأمريكى الصادر فى ١٧٨٧. وهو ما عزز الاقتناع بأن مفاهيم حقوق الإنسان –وبغض النظر عن الاسم المعطى لها– كان لها فى نهاية القرن الثامن عشر –عصر التنوير The Age of enlightenment– وأوائل القرن التاسع عشر، دور هام فى النضال ضد السلطة السياسية المطلقة.

وقد نجم هذا التطور بوجه خاص عن إخفاق السلطة السياسية فى ضمان حرية مواطنيها وتساويهم أمام القانون.

([1]) وقعت على وثيقة إعلان الاستقلال ثلاثة عشر مستعمرة أمريكية وذلك فى ٤ يوليو ١٧٧٦.

بيد أن عمق هذا التطور، قابله تطور آخر. ذلك أن الذين قالوا بالحقوق الطبيعيـــة للنـــاس جميعهم، وصفوها بالإطلاق، وبالأبدية، وبعدم جواز تغييرها أو تعديلها، أو العـــدول عنـــها، أو التفريط فيها.

وهى مفاهيم تناقض أن كل الحقوق -وبوجه عام- تقبل قدراً من التقييـــد، ممـــا عـــرض الحقوق التى طلبها الناس لأنفسهم كحقوق لا تتبدل، إلى الهجوم عليها من اليمين واليسار وحتـــى من بعض الفلاسفة ومن بينـــهم كل من Edmund Burke و David Hume وJeremy Bentham فى إنجلترا. فقد كان تخوفهم من مفاهيم الحقوق الطبيعية، أن توكيد الجمـــاهير لـــها مـــؤد إلـــى الفوضى؛ وأن تطبيق وثائق إعلان هذه الحقوق كبديل عن القوانين الفعالة التى يضعها البرلمـــان، يعطل دوره؛ وأن مساواتها بين الناس جميعهم على ما بينهم من صور التباين، يجعلهم يتوقعون ما لن يتحقق يوماً؛ وأن كل الحقوق مردها إلى القوانين القائمة. وهى قوانين، واقعية لا تخيلية، كتلك التى تقوم على مفاهيم القانون الطبيعى التى لا تعدو الحقوق التى أنتجتها،أن تكون حقوقاً تصورية.

وكان من شأن الهجوم على القانون الطبيعى والحقوق الطبيعية، أن قرر فقهـــاء مثـــل Karl Von Savigny من ألمانيا، وسير Henry Maine من إنجلترا، أن الحقوق جميعها هى نتاج بيئتـــها المتغايرة ظروفها؛ وأنها تتحدد بالتالى على ضوء أوضاع مجتمعاتها؛ وأن الحقيقة الوحيدة التـــى يمكن القبول بها، هى التى يقوم الدليل عليها من الخبرة العملية.

ولم يعد مقبولاً منذ الحرب العالمية الأولى الدفاع عن حقوق الإنسان كحقوق طبيعيـــة، وإن كان من المسلم أن لهذه الحقوق وجوداً يخصها؛ وأن ظهورها فى شكل أو آخر؛ وكذلك تنوعـــها وتعدد صورها -التى يندرج تحتها إلغاء الرق، وتقرير الحق فى التعليم العـــام، وتكويـــن النظـــم النقابية- لخير دليل على أن هذه الحقوق لا تزال قائمة حتى بعد أفول أصل اشتقاقها من القـــانون الطبيعى. ولم تتحول تلك الحقوق إلى حقيقة واقعة إلا بعد ظهور النازية وسقوطها.

ولئن كان القبول العام اليوم بحقوق الإنسان فى النظامين الداخلى والدولى، لم يعد محل نزاع جاد، إلا أن طبيعة ونطاق هذه الحقوق، لازال مختلفا عليها. ومعها يدور الجدل حول ما إذا كـــان يجوز النظر إلى حقوق الإنسان كحقوق إلهية المصدر، أم كحقوق خلقية أو قانونيـــة أم كحقـــوق مصدرها عقد اجتماعى، أم كحقوق قام الدليل عليها مما اعتاده الناس وسلكوه فـــى أعرافـــهم، أم كحقوق مردها إلى العدالة التوزيعية، أم كحقوق يلهمها سعى الناس إلى السعادة وطلبهم لها.

ولازال الجدل دائراً كذلك حول جواز نقض هذه الحقوق أو امتناع الرجوع فيها، ومـــا إذا كان ضمان اتساعها يقتضى إطلاقها، أم أن تقييدها فى عددها ومضمونها أصل يحكمها.

وأيا كان الأمر، فإن الوظيفية الحالية لحقوق الإنسان، لم تعد تتمثل فى كونها مجرد ضمـان لشرعية نظم الحكم فى دولة ما، وإنما كذلك فى تبنيها المعايير الدولية لهذه الحقوق وتطويرها.

كذلك ليس ثمة انفصال تام بين المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان، والنظرية التقليدية لـهـا كحقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، وإنما تتواصل هذه المفاهيم وتلك النظرية، وذلك من زاويـة متعددة أهمها:

أولا: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية غايتها ضمان قائمة للحقوق التى يطلبها النـاس جميعـهم ويرغبون فى تحقيقها بصورة شاملة. وهذه المفاهيم ذاتها هى التى ورثها الإعلان العالمى لحقـوق الإنسان حين صاغ أطول قائمة لهذه الحقوق تتمثل فى ثلاثين حقا.

ثانيا: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية تربط بين هذه الحقوق والناس فى مجموعهم بوصفهم بشراً يملكون إرادة الاختيار ويتكافئون فى الحقوق التى يتمتعون بها. وهذه الصلة بين الحقوق الطبيعية والإنسان، هى التى تغير بها وصفها من حقوق طبيعية إلى حقوق إنسانية.

ثالثا: أن من أبرز خصائص الحقوق الطبيعية هو تأتيها من الاقتناع العام بأن هذه الحقوق لا يملكها غير الأشخاص الذين يحوزون إرادة الاختيار التى تؤكد استقلالهم بذاتيتهم وذاتيتهم هـذه هى منطقة الحماية فى المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان بما يحول دون تدخـل السلطة فيـها بوسائل القهر التى تملكها.

فإدراج وثائق حقوق الإنسان فى صلبها للحق فى الحياة مثلاً، لم يكن بقصد ضمان رعايتـه صحياً، ولا بقصد تطوير الأوضاع التى يعايشها بما يجعل بيئتها أكثر أمنا، وإنما تقـرر ضمـان الحق فى الحياة، بقاعدة قانونية غايتها ردع أشكال القوة والتحكم الموجهة إلى الفرد. ولـم يكـن ضمان الحرية يحيل كذلك إلى سياسة يتعين انتهاجها بقصد توفير فرص التعليم الأفضل والأعمق، وإنما صار هذا الضمان كافلاً حماية الأفراد فى مواجهة القبض والاحتجاز غير المبرر.

ولم تعد حقوق الأفراد المدنية والسياسية بالتالى غير حقوق سلبية تتوخى حماية الأفراد من صور العدوان على الدائرة التى يصونون فى محيطها خواص حياتهم،ويطمئنون فى نطاقها إلى حرماتهم، ويكفلون من خلالها استقلالهم وذاتيتهم. ولا يجوز وصفها بالتالى كحقوق يملكها الأفراد ليكفلوا من خلالها -وبصورة إيجابية- الأغراض التى يطمعون فى تحقيقها.

رابعا: أن الحقوق الطبيعية -كما يدل على ذلك وصفها- مصدرها الطبيعة، ومنهلها نظامها، وهى بالتالى حقوق لا تنازع، ولا تتقيد بزمان أو بمكان،على تقدير أن وضوحها لا يحتاج إلى بيان، وأن طبيعتها الشاملة تتأبى على ربطها بالأوضاع القائمة فى بلد ما؛ أو بنوع الطبقة الحاكمة فيها. والطبيعة الشمولية للحقوق الطبيعية هى ذاتها الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان(1)

* * *

تلك هى الصلة بين المفاهيم المعاصرة للطبيعة العالمية لحقوق الإنسان، وبين المفاهيم التقليدية للحقوق الطبيعية. فإذا انتقلنا من التصور المجرد لهذه الحقوق، إلى تطبيقاتها فى الدول المعاصرة، تعين القول بأن نصوص الدستور، وإن كانت تعتبر -فى الأصل- مرجعا نهائيا للفصل فى دستورية القوانين، إلا أن هذه النصوص قد تصادم قيما إنسانية يستحيل التفريط فيها. وهى قيم يفترض أن يعمل الدستور على ضمانها، لا أن يقرر هدمها. فإذا نقض بنص فيه ما كان من هذه القيم جوهريا، فإن تقرير بطلان هذا النص، يكون واجباً.

---

(1) Henry j. Steiner and Philip Astson, International Human Rights in Context, 1996, p.p. 167- 172.

المبحث الرابع
الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تعلوان الدستور

٣٦٩- أول هذه القيم، أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، ولدتهم أمهاتهم كذلك، فلا يستعبدون أو يتمايزون فيما بينهم بناء على أعراقهم أو ألوانهم أو مكانتهم الاجتماعية أو لغير ذلك من العوامل التى لا صلة لها بآدميتهم. والتى تخل بحقهم فى العدل والحرية وفى التضامن والسلام الاجتماعيين.

فلم يكن الناس فى بدء نشأتهم مستعبدين، وإنما كانوا يعملون من أجل ضمان قوتهم، لا يؤرقون غير صراعهم مع الطبيعة وكواسرها.

وكانوا يسخرون أدواتهم البدائية لخدمتهم، ولا يعرفون غير القنص أسلوبا للحياة. ولم يكن ثمة تمييز بينهم يقوم على عوامل لا شأن لها بالحالة الفطرية التى وجدوا أنفسهم عليها، ولا بالأوضاع التى يعايشونها، وإنما كان البقاء لأقواهم وأحوطهم.

وما أن قبل الناس الانخراط فى تكوين مدنى يضمهم، حتى ظهر تفاوتهم فى ثرواتهم، وفى عناصر القوة التى يملكونها، وفى الأفكار التى يؤمنون بها، ومظاهر التفوق التى يدعونها، ونطاق الحقوق التى يطلبونها، والآمال التى يرجونها والوسائل التى يصطفونها لتحقيقها. وازداد بعضهم ثراء وقوة، وارتد آخرون على أعقابهم يحملون ضعفهم معهم.

وقام استثمار الثروة على الاستغلال، وظهر التمييز بين العمال وأربابهم؛ بين الفقراء والموسرين؛ بين من يلوذون بالقوة ويتحكمون فيها؛ ومن يفرون منها خوفاً من بطشها؛ بين الذين يؤمنون بعقيدة تقبلها الناس فى غالبيتهم، والذين يظاهرون عقيدة يرفضونها أو على الأقل لا يميلون إليها.

وكان ذلك مدخلاً إلى صور من التمييز بين البشر تنافى أصل تساويهم فى آدميتهم وحريتهم، كالتمييز بين الرجل والمرأة قانونا فى الحقوق(١)؛ وبين القادرين والعاجزين؛ وبين الدهماء

(١) تحقق هذا التمييز على الأخص فى مجال حق الاقتراع، وفى نطاق أجر وفرص العمل.

والأذكياء؛ وبين المعارضين والمؤيدين لاتجاه عام؛ وبين الذين يملكون والفقراء؛ وبين الأقدميـــن توطنا والمحدثين؛ وبين الذين يَحْـكُمون والذين يُحكَمون؛ وبين المعتدلين والمتطرفين.

ولم يكن إهدار مبدأ المساواة بين المتماثلين، غير إخلال بحقهم فى حيـــاة يؤمنـــها العـــدل ويسودها السلام الاجتماعي، وإنكار للحق فى صون كرامتهم من صور العدوان عليها، وهى أصل لحقوقهم جميعها. فلا يؤاخذون بغير جريرة ارتكبوها، ولا يغمطون حقاً ثابتا لهم؛ ولا تقيد حريتهم الشخصية دون مقتض؛ ولا يعذبون أو تمتهن آدميتهم؛ ولا يكرهون على فعل أو قول؛ ولا يصبون فى أشكال جامدة لا يريمون عنها؛ ولا يفصحون عما يريدون إخفـــاءه؛ ولا يقـــهرون بغيـــا؛ ولا يحملون على ما يبغضون؛ ولا يساقون إلى أعمال لا يرضونها؛ ولا يعاقبون عن أفعال كانوا غير منذرين بها؛ ولا تنحط إنسانيتهم من خلال عقوبة تنافى قسوتها موازيـــن الاعتـــدال، أو تكـــون بطبيعتها مجافية لآدميتهم بما يسئ إلى كرامتهم.

المبحث الخامس
كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته

٣٧٠- يفترض فى الدساتير جميعها، أن تصون للناس كرامتهم أيا كان قدر الفوارق التى تفصل بينهم. وكرامتهم هذه هى التى تتفرع عنها كذلك حريتهم فى التعبير عن الآراء التى يرون صوابها؛ وفى إعلانها ومناقشاتها من خلال حق الاجتماع؛ وعن طريق النفاذ إلى وسائل الإعلام؛ والانضمام إلى آخرين للدفاع عن قضايا بذواتها وإقناع الآخرين بها.

واحتفظ كل إنسان حتى بعد دخوله فى تنظيم اجتماعى، بالحقوق الجوهرية التى لا ينفصل وجوده عنها، كالحق فى الحياة بغير قيود عليها تعطلها فى غير ضرورة؛ وفى أن تفترض براءته من التهمة الجنائية ما لم يكن قد أدين عنها بحكم قضائى صار باتا؛ وكالنظر إلى مسئوليته عن الجريمة باعتبار أن مناطها أفعالاً أتاها؛ وأن العقوبة التى يفرضها المشرع لا يجوز أن تتعلق إلا بجريمة ارتكبها؛ وأن حريته الشخصية هى إرادة الاختيار؛ وجوهرها الدخول فى العقود التى لم يمنعها المشرع؛ واختياره من يتزوجها؛ وأنماط التعليم التى يتلقاها؛ وفرص العمل التى يميل إليها؛ وأشكال التضامن الاجتماعى التى يفضلها فيما وراء الدائرة التى يحددها المشرع؛ وأن يكون لشخصيته ذاتيتها، وللحقوق التى يطلبها موجباتها وفرائضها؛ ولخواص الحياة التى اختارها حرمتها. فلا تقتحمها وسائل علمية ترقبها بآذانها وتحيلها نهبا لأعينها بما يحيط بدخائلها. وصار منطقيا أن تكون كرامة الإنسان قاعدة لكل حقوقه وحرياته الأساسية، وأصلا يقيد كل تنظيم يتناولها. وصار مفهوماً كذلك أن ينظر إلى الحقوق الرئيسية لكل فرد بما لا يجيز النزول عنها، أو التفريط فيها؛ وبما لا يخول السلطة أيا كان بأسها، حق منعها أو منحها.

ذلك أن اتصالها بخصائص الإنسان التى فطر عليها منذ خلق، ينافى تقادمها. ولا يجيز أن يخرجها المشرع عن أصل وضعها، ولا أن ينزع آدميتها التى لا يستقيم وجوده بغيابها([1]).

([1]) ولا كذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التى تكفلها الدولة وفق إمكاناتها كالحق فى التأمين الاجتماعى، وفى الرعاية الصحية، وفى ضمان الرخاء، إذ لا شأن لهذه الحقوق بخصائص بنى البشر، ولا يُعتبر بالتالى نافذة بذاتها، وليس لها من عناصرها ما يفرضها على المشرع قبل توافر فرص تمويلها.

المبحث السادس
حق الملكية كقيمة عليا

٣٧١- هذا الحق -ومن منظور المفاهيم المعاصرة- وثيق الصلة بالحق فى العمل، وبإرادة الحياة، وبضرورة أن تتوافر لكل إنسان الوسائل الملائمة للعيش. وهو كذلك مدخل إلى التنمية، والطريق الأكثر فعالية لتحقيق أسبابها ونتائجها؛ ولازدهار الجماعة وضمان تقدمها.

ذلك أن الملكية -وبقدر تعدد مصادرها، وتعاظم روافدها- توفر لاقتصاد الدولة قاعدة تراكمية يستمد منها مصادر قوته. ولم يعد جائزاً فى المفاهيم المعاصرة للملكية، نقض الحق فيها، ولا تجريدها من لوازمها، أو الإخلال بمقوماتها؛ أو تقييد الحقوق التى تتفرع عنها فى ضرورة تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية.

ولا شبهة فى أن استئثار الناس بما يملكون، كان الفطرة التى جبلوا عليها. فالناس منذ خلقهم يتقايضون. ويملكون أغنامهم وإبلهم ومواشيهم، ويعتمدون عليها فى معاشهم. وإلى جانبها أدواتهم فى الصيد والقتال، وأكواخهم التى يفيئون إليها ويقيمونها بأيديهم، ومراعيهم التى يستقلون بحيزها، ويرتحلون من أجل طلبها. ولهم كذلك أراضيهم التى يحتجزونها بالغلبة والقوة، والتى زرعوها استقلالا بها. وحتى زوجاتهم فى العصور القديمة ملكوها بأموال يدفعونها إلى آبائهم، وصار لهم عبيد بمنطق القوة، وسبايا من غزواتهم، وكان حرصهم على الدفاع من أجل ملكيتهم، ضارياً.

ولم تعد الملكية غير وعاء للثروة، وسياج يؤمن أصحابها من العوز. وهم اليوم مستخلفون فى أموالهم بإذن من الله تعالى، فلا يبددونها لهواً أو ترفاً، فإذا قتل منهم أحد فى سبيلها فهو شهيد. وحتى بعد تحرير الأرقاء من عبوديتهم، والأزواج من ربقة تملكهم، والسبايا من أغلال أسرهم، ظل ثابتا أن الملكية -وفيما هو مشروع من مصادرها- لا يجوز اعتصارها؛ ولا مصادرتها، ولا تجريدها عملاً من المزايا التى تغلها.

المبحث السابع

تقييم عام للقيم التي تعلو الدساتير

٣٧٢- تلك هي القيم الأساسية التي ارتبط بها الإنسان وآدميته، وجُبِل بالفطرة على إعلائها، فلا يجوز أن يخل الدستور بها، ولا أن يسقطها، ولو من خلال التذرع بأن للدستور مرتبة تقدم أحكامه على النصوص القانونية الأدنى منها في درجتها؛ ولا بالقول بأن سيادة الدستور تفيد بالضرورة، تصدره النظم القانونية جميعها الاجتماعية والثقافية والسياسية، وتبوأه بالتالي مكانة لا ترقى إليها أية قيم غير التي احتضنها.

ذلك أن المفترض في الدساتير جميعها أنها لا تناهض القيم التي تواتر العمل في الدول الديمقراطية على تبنيها، كأغراض نهائية تلتزمها نظمها على اختلافها.

ولا يجوز بالتالي إهدار هذه القيم من خلال نصوص في الدستور تمليها السلطة المتفردة ببطشها وانحرافها؛ ولا أن تبلور من خلالها، نزواتها العدوانية، ومقاييسها في الخير والشر، ونزوعها إلى التسلط. حتى لا يكون الدستور حصاد قيمها الشخصية، ومرآة تهورها واندفاعها، وأداة توحشها حتى في تمردها على الحقوق الطبيعية التي كفلتها المواثيق الدولية للناس جميعهم بوصفهم بشرا يختلفون عن كل كائن آخر، ليس فقط في أن لهم عقولا يدركون بها، وإنما كذلك في طباعهم وإنسانيتهم.

ولو جاز للدول أن تقيم الدساتير الوطنية وفق أهوائها، وأن تفرض عليها طرائقها في ضمان الحقوق وتنظيمها، لارتبط وجود الحقوق جميعها- وأيا كان قدر أهميتها- بنصوص الدستور التي تقيمها الموازين الشخصية للسلطة التي أحدثتها، حال أن الدول تتداخل مصالحها، وتجمعها أسرة دولية لها أعرافها ومعاييرها في تقرير الحقوق وضبطها، وعلى الأخص الأساسية منها.

وهي تكفل للناس جميعهم -ومن خلال أعرافها واتفاقاتها الدولية- ركائز آدميتهم، وحرمة خواص حياتهم، وضوابط صون ملكيتهم، وتساويهم أمام القانون في حقوقهم وواجباتهم، ليظهر الدستور في النهاية باعتباره كافلا للأفراد تلك القيم التي لا حياة لهم بدونها كقيم العدل والحرية والتضامن والسلام الاجتماعيين. وهي القيم ترسى خصائص بشريتهم، وتصدر عنها حقوقهم

وحرياتهم، لتعلو الدستور فى مدارج حمايتها. فإذا نقضها، تعين ترجيح القيم التى تعلوه وتغليبها على أحكامه.

وفي ذلك تقول الغرفة الثانية للمحكمة الدستورية لألمانيا، بأن كل نص منفرد فى الدستور لا يجوز أن اعتباره منعزلاً عن غيره ولا أن يفسر استقلالاً عن سواه. ذلك أن لكل دستور وحدة داخلية لازمها ترابط أحكامه فيما بينها.

وتبلور هذه الوحدة الداخلية بعض المبادئ البعيدة فى مداها Overreaching principles والتى تصل أهميتها إلى حد خضوع نصوص الدستور لها.

والفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسى لألمانيا -وهو دستورها- ترشح بوضوح لهذا المعنى، وذلك بنصها على أن الحقوق التى كفلتها المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون- لا يجوز تعديلها. ومن ثم توافق هذه المحكمة على قضاء المحكمة الدستورية فى بافاريا من أن وجود نص فى الدستور وإدراجه ضمن أحكامه باعتباره جزءاً منها، لا يجعل إبطال هذا النص تصوراً مستحيلاً. ذلك أن ثمة مبادئ دستورية لها من أهميتها الحيوية، ومن كونها تعبيراً عن حكم القانون، ما يقدمها على نصوص الدستور ذاتها، ويفرضها كذلك على الهيئة العليا التى تؤسس أحكامه. فإذا خالفها نص فى الدستور لا يرقى إلى منزلتها، جاز إبطاله وتجريده من كل أثر(¹).

An individual constitutional provision cannot be considered as an isolated clause and interpreted alone. A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provision. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate. Article 79 (3) makes it clear that the basic Law makes this assumption. Thus this Court agrees with the statement of the Bavarian Constitutional Court : " That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution.

There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution , and other constitutional provisions that do not rank so high maybe null and void because they contravene these principles.

(¹)Donald P. Kommas, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany,1997,p.63

وقد يبدو تعبير "القيم الأعلى من الدستور" مرنا مشوبا بالغموض، شأن هذا التعبير شأن عبارة "روح الدستور" التي كثيرا ما يلجأ الفقهاء والقضاة لها لتقرير حقوق خلا الدستور منها؛ أو لإعطاء الحقوق التي نص عليها، مفاهيم مختلفة عن تلك التى تصورها.

٣٧٢- وسواء تعلق الأمر بالقيم الأعلى من الدستور، أو بروح الدستور،فإن البعض يتوجس خيفة من هذين التعبيرين، وينظر إليهما باعتبارهما موطئا لفرطحة نصوص الدستور، أو لتحريفها من خلال تأويلها، أو لتعديلها عن طريق إحداث حقوق جديدة غير التي كفلتها.

إلا أن ما نراه، هو أن عبارة "القيم الأعلى من الدستور" لا يعيبها مرونتها واتساعها. ذلك أن المشرع كثيراً ما يصوغ بعض النصوص القانونية بما يكفل مرونتها لضمان اتساعها لأوضاع مختلفة تتباين ظروفها(١).

كذلك لا ينال من عبارة "القيم الأعلى للدستور" إمكان تعدد تأويلاتها. ذلك أن حدها تبلوره الأغراض النهائية المتوخاة من هذه القيم، والتي لا تزيد على ضمان حقوق الفرد وحرياته الأساسية.

ومن ثم تعكس هذه الأغراض الحدود الخارجية للقيم التي تعلو الدستور، فلا تكون غير تخومها التي لا يجوز تخطيها، لتقيد من اتساعها؛ ولترد تطبيقاتها إلى ضوابط منطقية يلتزمها قضاة الشرعية الدستورية، فلا يتحولون عنها.

وعليهم بالتالي إرجاع نصوص الدستور إلى هذه القيم العليا لتفرض كلمتها على المفاهيم التي تفسر على ضوئها نصوص الدستور. فلا يكون ردها إلى القيم التي تعلوها، غير تطوير لبنيانها.

فإذا بان لقضاة الشرعية الدستورية استعصاء تأويل نصوص الدستور بما يقربها من القيم التي تعلوه، لم يعد أمامهم غير الاحتكام إلى الطبيعة الديموقراطية لنظام الحكم، وإلى مبدأ

---

(١) من ذلك ما نص عليه القانون المدنى من جواز إبطال العقد إذا استغل أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر طيشاً بينا أو هوى جامحا. فهذا المعيار المرن يتسع لمختلف الظروف الواقعية، وتتحدد تطبيقاته على ضوء مقاييس كل عصر لضوابط الاستغلال في إطار المعيار العام والمرن الذي تبناه القانون المدني.

الخضوع للقانون وفق الضوابط التي التزمتها الدول الديموقراطية، سواء في مجال الحقوق التي أقرتها، أو على صعيد القيود على ممارستها التى تتوافق عليها الدول الديموقراطية فى مباشرتها لوظائفها.

وقد كان هذا الاتجاه ماثلا في ذهن المحكمة الدستورية العليا عند فصلها في نطاق نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ التى حظرت الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١٩٥٣/١١/٨ بمصادرة أموال أسرة محمد وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة.

فقد جرى قضاء المحكمة العليا فى شأن الحصانة المقررة بنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، على أنها حصانة نهائية لا رجوع فيها لتعلقها بتدابير من طبيعة استثنائية اتخذتها ثورة ٢٣ يوليو لضمان تحقيق أهدافها. فضلاً عن أن نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ وإن لم يتردد في الدساتير اللاحقة عليه، فذلك لاستنفاذ الحصانة التي قررتها هذه المادة لأغراضها، فلا يكون لتكرار النص عليها، من فائدة([1]).

وإغمالاً لنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، صدر القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن أموال أسرة محمد على المصادرة، متوخياً منع المحاكم جميعها من سماع أية دعوى تتعلق بالأموال التي صادرها مجلس قيادة الثورة، بما في ذلك ما يكون منظورا من دعاوى أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولو لم يكن الأشخاص المصادرة أموالهم، خصوما فيها.

([1]) محكمة عليا -القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" جلسة أول فبراير ١٩٧٥- ص ١٩١ من القسم الأول من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا فى الدعاوى الدستورية من ١٩٧٠ -حتى نوفمبر ١٩٧٦. هذا وتنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ على ما يأتى: "جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها. وكذلك كل ما صدر عن الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام. وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التى صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التى أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه وأمام أية هيئة كانت".

وإذ طعن بعدم دستورية الأحكام المتقدم بيانها أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد صار عليها أن تخوض في نطاق هذه الحصانة: ولم يثنها نص المادة ١٩١ من الدستور ١٩٥٦ عن حصر مجال تطبيقها في أضيق الحدود، وذلك تأسيساً منها على ما يأتى([1]):

أولا: أن كل حصانة يضفيها الدستور على تدابير بذواتها بما يحول دون إلغائها أو التعويض عنها، ينبغي أن يتقيد مجالها بما يرتبط عقلا بالأغراض التي توختها، وأن ينظر إليها على ضوء طبيعتها الاستثنائية، وبمراعاة أن الأصل في نصوص الدستور أنها تتكامل فيما بينها.

ثانيا: أن المصادرة التي قررها الدستور في شأن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها، تجب موازنتها بحقوق الملكية التي كفلها، والتي ينظر إليها غادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنيانها إلا إذا تحرر اقتصاديا من يطلبون هذه الحقوق؛ وكان بوسعهم الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها A self –governing life.

ثالثا: أن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها التي صادرها قرار مجلس قيادة الثورة، لا تتساقط على أصحابها –في الأعم من الأحوال – دون جهد يبذل من جانبهم. ولكنها الأعمال التي باشروها –سواء في مجال تكوينها أو إنمائها– هي التي أنتجتها، فلا يكون تجريدهم منها بدون حق، إلا عدوانا جسيما عليها.

رابعا: أن المصادرة التي قررها دستور ١٩٥٦ –والتي لم تلغها الدساتير التي تلته –على ما قررته المحكمة العليا– لا شأن لها بأموال تملكها أشخاص من غير أفراد أسرة محمد علي؛ ولا بأموال جمعها أحد أفرادها عن غير طريقها، سواء بكسبهم لها قبل انضمامهم إلى هذه الأسرة، أو بتكوينها من خلال أعمال قانونية دخلوا فيها بعد انضمامهم إليها، ولم يكن لهذه الأسرة من شأن بها.

خامسا: أن المصادرة التي صدر بها قرار مجلس قيادة الثورة، لا يجوز أن تشمل غير الأموال التي انتهبتها هذه الأسرة في مصر، إذا قام الدليل على اغتصابها لها. ذلك أن آثار المصادرة لا يجوز أن تكون نكالا بأفراد هذه الأسرة لتحيط بأموالهم جميعا، فلا يبقى بعد ذلك لهم

([1]) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" – قاعدة رقم ٦٢ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ – ص ٩١٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

من شئ يعولون عليه معاشهم. وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها في إطار علاقة منطقية تصلها عقلا بأهدافها. فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة "نافيا لوجودها"، ولا مبدداً حقـها فـي الحياة، ولا معطلا جريان حقوق لا صلة لها "بأموال انتهبتها".

* * *

٣٧٤- تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية المشـار إليها.

وظاهر منها أن تعطيل نص في الدستور لحقوق الملكية فيما هو مشروع من مصادرها، بما يجرد أصحابها منها بغير حق، ويعامل أموالهم التى انتهبوها وفق القواعد ذاتها التى تحكم أموالهم التي تلقوها بعرقهم وجهدهم، مؤداه حرمانهم من الحق فى الحياة الملائمة بما يناقض القيم التـى تعلو الدستور والتى يندرج تحتها حماية الملكية الخاصة؛ وناتج العمل؛ وكذلك الحق في الحياة.

وفضلا عما تقدم، فإن ما تقرره بعض الدساتير من عدم جـواز تعديـل بعـض الحقـوق المنصوص عليها فيها، مؤداه أن النصوص التي تكفل هذه الحقوق، يتعين أن تبقي علـى حالـها بالنظر إلى احتوائها أعلى القيم وأرفعها. وتأتي كرامة الفرد في مقدمة هذه القيم، ومنها تتفرع كل حقوق الإنسان كأساس للحرية، وكضمان للسلام وحقائق العدل[1].

---

[1] انظر في ذلك المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني -الدستور- التي تقضي بأن تعديل نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتقسيم الاتحاد إلى مقاطعات Landar ، وإسهام هذه المقاطعات في العملية التشريعية؛ وكذلك تعديل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواد من واحد إلى عشرين من ذلك القانون الأساسي، يكون محظورا.

المبحث الثامن
ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقا للدستور

٣٧٥- ليس حق الاقتراع غير تعبير عن حق المواطن في أن يتكلم، وصورة من صور حرية التعبير التي تقوم في جوهرها على تبادل الآراء ومقابلتها ببعض، ثم تقييمها أيا كان مضمون هذه الآراء أو طريقة عرضها، أو مصدرها أو صفة القائلين بها؛ وبغض النظر عن أشخاص من يتلقونها.

وحرية التعبير بذلك مدخل لضمان الحرية الفردية: حرية الفرد في أن يقول ما يراه حقا، وأن يعرض على آخرين، الآراء التى يقدر صوابها أو ضرورة إعلانها ولو عارضوه فيها، وأن ينتقد كذلك توجهاتهم أيا كان مضمونها.

وقد تصادم هذه الحرية السلطة في ركائز سياستها وجوهر اختياراتها. فلا يكون الإصرار على ممارستها إلا ضرورة يقتضيها تحقيق تغيير بالوسائل السلمية فى البنيان الاجتماعي؛ وإنهاء لتفرد السلطة واحتكارها حتى تتهيأ الفرص الكافية التي يكون فيها الحكم ديموقراطيا.

ولا يتصور بالتالي أن تكون حرية التعبير مقصودة لذاتها، ولا أن يعتصم الأفراد بها تعبيرا عن قدراتهم الذهنية على الجدل وإدارة الحوار؛ ولا أن تكون صرخة في فضاء عريض لا يسمعها أحد.

ذلك أن الآفاق المفتوحة وحدها Free and open encounter، هي الضمان لحرية التعبير، وهي التي تكفل للجماعة طرائق تقدمها. ولا يجوز بالتالي تعطيلها -ولو في بعض جوانبها- ولا أن يكون القانون معولا ينقض عليها، ليفرض بالقوة صمتا على الآخرين.

ويستحيل بذلك أن تتوافر حرية التعبير بغير التعامل في الآراء والأفكار The free trade in ideas قولا وتلقيا ونقلا. فإذا انغلق سوق عرضها، أو كان مقصورا على فريق دون آخر، لم يعد للآراء مجال يكفل تنافسها أو تزاحمها، بما يناقض جوهر هذه الحرية التى تفترض تعددية الآراء، ليس فقط في مواجهة الأثرياء الذين يملكون وسائل الإعلام ويسخرونها لمصالحهم؛ ولكن كذلك قبل الدولة لردعها عن اضطهاد خصومها وإسكاتهم.

وإذا جاز القول بأن من الآراء ما يتوخى تزوير الحقيقة، أو تحريفها، أو إثـــارة الغبـــار حولها؛ إلا أن الآراء التي نؤمن بها، هي التي نراها صوابا من خلال الإقنـــاع بمضمونـــها. ، لا إقناع بغير تعبير.

وفى إطار حرية التعبير، ليس ثمة فواصل قانونية بين التضليل وإرادة التغيير؛ بين صـــدق توجهاتها وزيفها؛ بين القبول بالحقائق ومحاولة طمســـها؛ بيـــن الإرادة المتحضـــرة البصـــيرة، والطريق إلى تغييبها. ولا يحول ذلك دون القول أن حرية التعبير لا تتوخى أصلا غـــير إزهـــاق للباطل بالحق، والتعبير بمظاهر القصور في العمل العام، وتحديد نطاق حقوق الأفراد وحرياتـــهم، وعدول عن أوضاع نعارضها إلى بدائلها.

وحرية التعبير بذلك في اتصال مباشر مع إرادة التغيير في كل قطاع، اجتماعيـــا كـــان أم اقتصاديا أم سياسيا. ومن ثم لا تنحل جدلا عقيما، ولا حواراً حول قيم نظرية تنفصل عن واقعها. ولا تنحصر أهدافها كذلك فى مجرد تقويم نظم الحكم غير الديمقراطيـــة وتصحيحـــها. ذلـــك أن دائرتها أعمق فى رحابتها، وأعرض فى مجالاتها، ووسائل تحقيق متطلباتها.

والعلوم بمناهجها وبحوثها وتباين أفرعها، مدخلها حرية التعبير،لا يتحقـــق ثراؤهـــا فـــى غيبتها، ولا تتهيأ فرص تطويرها ما لم تتفتح آفاق حرية التعبير ليطرق أبوابها كل وافد يريـــد أن ينهل من روافدها.

وليس لازما أن تكون الآراء التي تشملها حرية التعبير محددة بصورة قاطعة؛ ولا أن يكون بيانها جليا فلا يخطئها الفهم؛ ولا أن تكون هى الحق فلا يأتيها باطل؛ ولا أن يكون توجهها بقصد تحقيق مصلحة لها وزنها. ذلك أن غموضها لا يسقطها من الاعتبار. وليس بشرط لوجودهـــا أن تنحصر فيما هو صادق من الأقوال. وجهامة بعض الآراء أو جمودها أو تخلفـــها، لا يجـــوز أن يمنعها. ولا ينال منها كذلك انصرافها إلى التعميم؛ ولا تعلقها بحالة بذاتها تقتصر عليها. وتفضيـــل بعض الآراء على بعض، يؤكد حرية الاختيار ترجيحا لأكثرها ملائمة لتحقيق تغيير يكون مطلوبا بوجه عام.

ذلك أن الغاية النهائية لكل تنظيم، هى ضمان حرية الأفراد فى مجموعهم والعمل على تنمية ملكاتهم.

وحريتهم هذه هي الطريق إلى رخائهم، فلا يتكلمون بغير ما يؤمنون، ولا يؤمنون إلا بما يتكلمون. وأحاديثهم دائما هي الأفكار التي طرحتها عقولهم. وهم يحرصون على نشرها والترويج لها بوصفها خطوة على طريق الديمقراطية التى تفترض تسامحها مع خصومها؛ واستجابتها لحكم العقل؛ وبرفضها المفاهيم القائلة بأن ما تتوخاه حرية التعبير، هو توكيد الشخصية الفردية، وضمان ذاتيتها. ذلك أن حرية التعبير لا تدور -في غاياتها- حول ذات الفرد. وإنما محورها الجماعة ليس فقط في خياراتها وطموحاتها، وإنما كذلك فى وسائلها إلى تقويم اعوجاج قائم، وإلى تحقيق تطور تراه ضروريا. ولئن كان بنيانها ثمرة جهود متفرقة، إلا أن هذه الجهود في تكاتفها، هي التي ترشدها إلى الطريق الأفضل لخطاها.

ومن ثم لم يجز في مجال حرية التعبير، التمييز بين صورها بطريقة انتقائية. ولا أن يكون الحمل على اعتناق بعض الآراء واقعا في نطاق قيمها؛ ولا التذرع بمخاطر تلابسها -على غير الحقيقة- لإرهاقها أو لقهرها.

وليس لازما كذلك أن يكون التعبير قولا. إذ قد يكون سلوكا واشيا بالآراء التي يراد إعلانها والتى لا يجوز تصنيفها بالنظر إلى موضوعها، أو على ضوء آثارها، ولا مصادره طرائق نقلها، بما يحول دون تداولها اتصالا بها وتفاعلا معها.

وكلما تدخل المشرع بتدابير من شأنها تقويض الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير؛ كان ذلك منهيا لأهدافها، معطلاً نقل رسالتها -وهي الآراء التي تقارنها، صحيحها وباطلها- إلى هؤلاء الذين تتغيا إبلاغهم بها([1]).

وكثيرا ما يعود إجهاض الدولة لهذه الحرية، إلى اعتراضها -بالوسائل التي تملكها- على مضمون آراء بذواتها، أو إلى توهمها مخاطر تنسبها إلى ما تتصوره من أضرار تنجم عن اتصال آخرين بها. فلا يبقي لحرية التعبير غير صورتها المعلنة المجافية لحقيقتها.

وهو ما يتحقق بوجه خاص من خلال تحفظها على بعض الآراء، قبولاً منها باتصال الآخرين بها بطريق غير مشروع([1]).

([1])Police Department of the city of Chicago. V. Mosley ,408 U.S. 92.,95-96 (1972).

ويتعين بالتالي إذا أريد لحرية التعبير أن تحيا في إطارها الصحيح، أن نوازنـــها بمخـــاطر إطلاقها من القيود. فلا يكون تدخل الدولة مقبولا إذا جاوز مجرد تنظيمها إلى حد تعويق أهدافها.

فإذا لم يكن تقييد هذه الحرية -في أحوال بذاتها- متصلا بمخاطر ظاهرة نذرها -ســـواء كانت حالة أو راجحة أسبابها- فإن إطلاقها من عقالها، يكون واجبا.

وحرية التعبير هذه، هي التي جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأنها قاطعـــا فـــى أن: <<ضمان نص المادة ٧٤ من الدستور لحرية التعبير عن الآراء- سواء في مجال التمكيـــن مـــن عرضها، ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها، أو بغير ذلك مـــن وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقـــها؛ وأن هـــذه الحرية أعمق تأثيرا في مجال اتصالها بما هو عام من الشئون؛ وأن حق الفرد في التعبـــير عـــن الآراء التي يريد إعلانها ليس معلقا على صحتها؛ ولا متمشيا مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها؛ ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها>>.

<<فضلا عن أن الذين يعتصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور، لا يملكون مجرد الدفـــاع عن القضايا التي يؤمنون بها؛ بل كذلك اختيار الوسائل التي يقدرون مناسبتها وفعاليتها في مجال عرضها أو نشرها، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها محلها لترويجها>>.

<<ذلك أن ضمان الدستور لحرية التعبير، توخى أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحيـــاة في أعماق منابتها بما يحول بين السلطة وفرض وصايتها على العقل العام، فلا تكون معاييرهـــا الشخصية مرجعا لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا عائقا يحول دون تدفقها>>.

<<كذلك فإن أكثر ما يهدد حرية التعبير، أن يكون الإيمان بها شكليا، أو أن يفـــرض أحـــد على غيره إصماتا ولو بقوة القانون. بل يتعين الإصرار عليـــها بوصفـــها قـــاعدة لكـــل تنظيـــم ديموقراطي لا يقوم إلا بها. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون إنكارا لحقيقة أن حريـــة التعبـــير لا يجوز فصلها عن أدواتها، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط عقلا بأهدافها. فلا يعطل المشـــروع

([1]) ومن ذلك قولها بأن حرصها على نظافة الطرق من الأوراق التي تلقى فيها، يقتضيها جمعها في صنـــاديق القمامة، كي تخفي بهذا الادعاء، رغبتها في ألا يقرأ أحد ما حوته تلك الأوراق من عبارات.
Schneider V. Town of I rvington , 308 U.S. 147 (1939).

مضمونها، أو يناقض الأغراض المقصورة من إرسائها؛ ولا يتسلط عليها المناهضون لـها من خلال وجهة نظر يقولون بها استعلاء ولو كان أفقها ضيقا، أو كان عقمها وتحزبها بادياً([1])>>.

وما تقدم مؤداه، أن إجهاض الدولة لآراء لا تقبلها بالنظر إلى مضمونها، ينال بالضرورة من حرية التعبير، سواء تدخلت بطريق مباشر لإقماعها؛ أو كان تدخلها ماكرا بأن كان محايدا فى مظهره، دالا في حقيقته على نواياها، ومؤكدا رغبتها في السيطرة على الآراء التي تعارضها، وإيقاع جزاء على تداولها.

ولئن صح القول بأن الدولة قلما تعلن عن مقاصدها من تشريعاتها أو إجراءاتها، ولو كان من أثرها التدخل فى حرية التعبير بقصد تحجيمها أو قتلها، إلا أن هذه الآثار هى التى يتعين أن يركز قضاة الشرعية الدستورية اهتمامهم عليها، وصولاً لتحديد نطاق هذا التدخل؛ وما إذا كان كافلاً تدفق الآراء على اختلافها، أو منتهيا إلى إجهاضها.

ولا يجوز بالتالي أن تفاضل الدولة بين المتحدثين في اجتماع عام من خلال دعمها لأحدهم دون الباقين. إذ ليس لها أن تفرض إملاء موضوع أحاديثهم، ولا أن تحدد أشخاصا بذواتهم لتناولها؛ ولا أن تبصر الحاضرين بمخاطرها؛ ولا أن تمنعهم من مناقشتها؛ ولا أن ترصد موقفهم منها. ذلك أن موضوع الاجتماع لا يخص غير الذين ينقلون أبعاده والذين يتلقونها. ولا تقتصر القيمة الحقيقية لحرية التعبير فى مجرد النطق بآراء نؤمن بها، وإنما تكمن أهميتها وحيويتها فى نقلها إلى الآخرين لإنبائهم بها بما يكفل اتساع دائرتها.

المطلب الأول
المدخل إلى حق الاقتراع

٣٧٦- وحرية التعبير هذه، هى مدار حق الاقتراع، ومحور تنظيم العملية الإنتخابية وإدارتها. فلا يكون ضمان هذه الحرية إلا عنصرا فاصلا فيها، دالا على مصداقيتها، كافلاً حق المواطنين -المؤهلين لمباشرة الحقوق السياسية- فى الإدلاء بأصواتهم بما لا يخل بتكافئها فيما بينها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- قاعدة رقم ٢٧ -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-ص ٤٧٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فلا يتفاوتون فى وزن أصواتهم، ولا فى فرص تمثيلهم فى المجالس النيابية. وإنما يتساوون فى قيمتها من خلال التوفيق قدر الإمكان بين عدد السكان فى الدائرة الانتخابية، وعدد المرشحين الذين ينتخبون منها.

ويتعين كذلك أن تتوافر للمرشحين فى الدائرة الانتخابية جميعها، الفرص ذاتها التي يعرفون من خلالها هيئة الناخبين ببرامجهم وبقدرتهم على الدفاع عن مصالحها، كي تفاضل بينهم على ضوء اقتناعها بأجدرهم في الحصول على ثقتها.

ولئن جاز القول بأن هذه الحقوق جميعها تبلور مصالح مختلفة، إلا أنها تتحد في جذورها، ذلك إنها نتاج النظم التمثيلية القائمة على حرية اختيار هيئة الناخبين -وفق قواعد موضوعية لا تمييز فيها- لهؤلاء الذين ينوبون عنها في مجالس الحوار Deliberative Assemblies التي يسميها البعض تارة بالمجالس التمثيلية Representative Assemblies وطورا بالمجالس النيابية Parliaments.

الفرع الأول
القيود على حق الاقتراع

٣٧٧- ولقد كان حق الاقتراع Le droit du suffrage مقيدا من خلال قصره على أشخاص بذواتهم بناء على ألقابهم، أو ثرواتهم أو طبقتهم السياسية([1])، أو قدراتهم الذهنية التي تحددها ألوانهم([2]) Suffrage Capacitaire. ثم صار حق الاقتراع عاماً وسريا ومتكافئا Universal, égal et sécret وتفرض هذه الشروط نفسها على المشرع، فلا يجوز حرمان العسكريين أو المعارضين من مباشرة هذا الحق، ولا التمييز فى مجال الانتفاع به بين الرجل والمرأة؛ ولا بين القادرين ماليا والمعوزين Le capacités fiscales، ولا بين المتفوقين عقليا Le aptitudes intellectuelles والمتخلفين؛ ولا النظر إلى الاقتراع باعتباره حقا اختياريا، لا وظيفة يتعين أن تؤتى، فلا يتخلى مواطن عنها.

([1]) كطبقة البروليتاريا في الاتحاد السوفيتي قبل تصدعه.

([2]) ومن ذلك استبعاد بعض الولايات الأمريكية الزنوج من حق الاقتراع حتى في القرن العشرين.

الفرع الثانى

خصائص حق الاقتراع

٣٧٨- ويتعين دوما أن يكون الاقتراع شخصيا، لا جماعيا([1]) Le vote plural ولا أسـريـاً Familial، وأن يكون علنيا([2]). ولا يجوز فى أية حال تقرير مزايا لأشخاص فى مجال مباشـرة هذا الحق، بما يجعلهم أكثر أهمية من سواهم.

ويباشر قضاة الشرعية الدستورية، أدق صور رقابتهم وأكثرها صرامة في مجال تقييمـهم لصور التمييز التي يفرضها المشرع في شأن حق الاقتراع -والتي تتحدد دستوريتها على ضـوء قدر فعاليتها لضمان هذا الحق، ومعقوليتها فى مجال تنفيذه([3])- وعلى تقدير أن غايتـها هـى أن يتكافأ المواطنون فى وزن أصواتهم بما يكفل تساويهم فى قيمتها.فلا يكون لأيهم فى النظم التمثيلية التي تقوم على إرادة الاختيار، غير صوت واحد Un electeur égale un voix- one man one vote.

ولا يجوز بالتالى التمييز بين المواطنين بصورة انتقائية لحرمان المعاقين جسديا، أو الذيـن لا يجيدون الكتابة، أو الذين يرفضون أخذ بصمة إصبعهم، من هذا الحق. ذلك أن قضاة الشـرعية الدستورية، لا يقبلون من المصالح التي يسوغ بها المشرع القيود التي فرضها على حق الاقتراع، غير تلك التي تكون قاهرة في حقيقتها Compelling interests، وبشرط أن يكون ضمان المشـرع لها بأقل الوسائل تقييدا لهذا الحق The least restrictive means.

الفرع الثالث

ضوابط مباشرة حق الاقتراع

٣٧٩- ويتعين دوماً أن تفصل بين كل اقتراع وآخر فترة زمنية معقولة([4]) La periodicité raisoneble de l'exercise par les électeurs de leur droit de vote وأن يتخذ المشرع من الوسائل

([1]) C.C. 78- 101 D.C., 17 jonv 1979, R.p. 23.

([2]) ابطل المجلس الدستورى الفرنسى انتخابات كاملة لأنها لم توفر فرص التصويت السرى.
Proclamation du 9 nov.1988, R.p. 199.

([3]) Harper V. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 [1966].

([4])C.C. 90- 280 D.C., 6 dec. 1990, R.p. 61.

ما يكفل إسهام أكبر عدد من المواطنين فى عملية الاقتراع، وأن يكون تنظيمه بالتـــالى لشـــروط مباشرة الحقوق السياسية، مفهوماً وفعالاً.

فلا يناقض هذا التنظيم طبيعة هذه الحقوق، ولا متطلباتها. ولئن جـــاز للمشـــرع استبعاد القصر والجانحين الذين لم يرد إليهم اعتبارهم، وكذلك من أصابهم عـــارضٌ فـــي العقـــل، مـــن نطاقها([1])؛ إلا أن حرمان الأسوياء -أيا كان لونهم أو قدر ثقافتهم أو طبيعة مراكزهم- من الحقوق السياسية التى صاروا مؤهلين لمباشرتها بحكم نضجهم ونقاء سمعتهم؛ يكون محظوراً، سواء تعلق الأمر بحق الاقتراع أو بالحق فى الترشيح. ذلك أن هذين الحقين يتبادلان التـــأثير فيمـــا بينـــها، ويفترضان مباشرتهما من خلال نظم انتخابية لا يمليها التحكم، بما يفقدها إنصافها.

وإذا جاز أن يغاير المشرع بين شروط مباشرة حق الترشيح، وشروط مباشرة حق الاقتراع، إلا أن صفة المواطنة هى التى ينفتح بها الطريق لمباشرة حق الاقتراع وفـــق شـــروط متكافئـــة يناقضها تقسيم المواطنين إلى فرق شتى([2]) ولو قام الدليل على تناقض مصالحهم. ذلك أن الأصل فى السيادة أنها لا تتجزأ. بما مؤداه وحدة الكيان السياسى للجماعة. وهى وحدة لازمـــها وحـــدة الشروط التى يباشر الناخبون من خلالها حق الاقتراع، فلا يتمايزون فيها بنـــاء علـــى فـــوارق اجتماعية أو أسرية أو دينية أو جنسية. فالعاطلون والأثرياء يتكافأون فى شرط المواطنة، وهـــى مصدر تساويهم فى حق الاقتراع.

كذلك فإن الطبيعة الديموقراطية لنظم الحكم، لازمها أن يكون حق الاقـــتراع شـــاملاً كافـــة الناخبين المؤهلين لمباشرة هذا الحق، وأن يكون منتجاً.

([1]) يلاحظ أن المشرع قد يشترط لمباشرة الناخب لحق الاقتراع، أن يكون مقيما في الدائرة الانتخابية التي يدلـــي بصوته فيها. ومثل هذا الشرط لا غبار فيه، C.C. 87 - 226 D.C., 2 Juin 1987 , R.P. 34 على تقدير أن مـــن يقيمون في الدائرة يدركون مشكلاتها ويبصرون اهتماماتها، ويقفون على حقيقة الأمر في شأن المرشحين بـــها، وعناصر التفضيل فيما بينهم، وليس لمواطن بالتالى حرية اختيار الدائرة التى يقيد فيها، ومع ذلك فـــإن المـــدة التي يشترطها المشرع لإقامة الناخب في الدائرة الانتخابية، هي التي تجوز المجادلة فيها، والاعتراض عليـــها من ناحية دستورية وذلك إذا جاوز المشرع بها الحدود المنطقية. وهو أمر تقدره جهة الرقابة على الدستورية.

([2]) C.C. 82- 146 D.C. 18 Nov. 1982, R.p. 66.

فلا يباشره هؤلاء بما يؤثر في وزن أصواتهم؛ أو يفرقها أو يحورها؛ أو بما يفصل حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس النيابية، عن حق الناخبين في المفاضلة بينهم ترجيحا من جانبهم لأقدرهم في الدفاع عن مصالحهم.

وإنما يتعين دائما أن تتكامل مراحل العملية الانتخابية، وأن يوفر لها المشرع الأسس المنطقية اللازمة لضبطها؛ بما يصون حيدتها، ويحقق تكافؤ الفرص بين المتزاحمين فيها فى إطار من الحقائق الموضوعية التى تتصل بها؛ ودون إخلال بتبادل الآراء فى نطاقها تبادلاً حراً غير معاق، حتى لا تتلون الحياة السياسية بلون واحد، ولا تكون الإرادة الواحدة من أعلى، محورا لها أو موجها لحركتها([1]).

على أن يكون مفهوماً أن قصر حق الاقتراع على المواطنين لا يجوز أن يتعلق بغير انتخاباتهم التى يعبرون من خلالها عن السيادة الوطنية. ويجوز بالتالى أن يكون غير المواطن ناخبا فى النظم النقابية والجامعية، وفى اختيار مجلس إدارة المشروع([2]).

الفرع الرابع
إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع

٣٨٠- وقد حرص نص المادة ٨٨ من دستور مصر -ولأول مرة- على أن يبسط أعضاء الهيئات القضائية إشرافهم على عملية الاقتراع حتى يمسكوها بأيديهم، ويكون إشرافهم عليها حقيقيا لا منتحَلاً، وشرط ذلك أن يكون هؤلاء الأعضاء قضاة بمعنى الكلمة يفصلون فيما عهد به الدستور إليهم من خصومات قضائيا أيا كانت طبيعتها. ولا يعتبر فى حكم القضاة أعضاء النيابة الإدارية أعضاء هيئة قضايا الدولة ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ملحقون بهم فى بعض ضماناتهم كخطر

([1]) القضية رقم ٢ لسنة ١٦ق "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ -ص ٤٧٦ وما بعدها من الجزء السابع.

([2]) قرر المجلس الدستورى الفرنسى أن صفة الشخص كمواطن فى الاتحاد الأوربى، تفتح الطريق لمباشرته حق الاقتراع فى الانتخابات الأوربية. C.C.92 - 308 D.C.9 avril 1992 , R.P. 25 يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -المنشور فى ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية فى تشكيلها وضماناتها. وذات القاعدة تنطبق على هيئة قضايا الدولة.

عزلهم إلا عن طريق مجالسهم التأديبية. وليس من شأن هذا الإلحاق أن يضيفهم إلى القضاة ولا أن يجعلهم فى حكمهم([1]) على أن يكون مفهوما أن عملية الاقتراع التى يشرفون عليها، لا تقتصر على مرحلة إدلاء المواطنين بأصواتهم فى الصناديق الانتخابية؛ ولا على فرز أصواتهم هذه لتحديد صحيحها من باطلها ثم رصدها؛ ولكنها تشمل كذلك -وبحكم الاقتضاء العقلى- كافة المراحل التى تسبقها بشرط إفضائها إليها. ذلك أن الذين يدلون بأصواتهم فى صناديق الاقتراع، هم المواطنون المؤهلون لمباشرة الحقوق السياسية. والقيد فى الجداول الانتخابية بعد تحقيق بياناتها، هو الدليل على أن المدرجين بها، مواطنون يملكون هذه الحقوق. فلا تكون مراقبة عملية القيد فى هذه الجداول إلا عملاً قضائيا لا ينفصل عن ذات الحق فى الاقتراع.

ويتعين بالتالى أن يبسط القضاة ومن فى حكمهم إشرافهم على تلك الجداول بقصد تنقيتها من شوائبها حتى لا يدرج فيها دخلاء عليها لا صلة لهم بها.

وإذ كان من شروط مباشرة الحقوق جميعها -وبغض النظر فى طبيعتها- أن تتوافر لها بيئتها الملائمة؛ فلا يرد أصحابها عن طلبها، ولا يرهقون فى الانتفاع بها؛ فإن طريق الناخبين إلى صناديق الاقتراع؛ يتعين ألا يعاق بوعد أو بوعيد.

ذلك أن إغواءهم لحملهم على التصويت على نحو معين؛ أو منعهم من النفاذ إلى الصناديق الانتخابية، تعطيل لحقهم فى الاقتراع لا يقل سوءاً عن إبطال صحيح أصواتهم أو تكديس تلك الصناديق بأصوات لم يدل أحد بها.

([1]) يبين من حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -المنشور فى ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية فى تشكيلها وضماناتها. وذات القاعدة تنطبق على هيئة قضايا الدولة. بيد أن هذا الحكم منتقد. ذلك أن بسط إشراف أعضاء الهيئات الانتخابية على مباشرة المواطنين لحق الاقتراع هو أن يتوافر لهؤلاء الأعضاء الاستقلال والحيدة الكاملة التى لا تجعل للسلطة التنفيذية تأثيراً عليهم، وهو ما لا يتحقق لا فى النيابة الإدارية ولا فى هيئة قضايا الدولة. كذلك فإن البين من استقراء نصوص دستور مصر، أنه لم يطلق وصف الهيئة القضائية إلا على مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا . وهما هيئتان قضائيتان تفصلان فى منازعات من طبيعة قضائية. فإذا أراد المشرع أن يلحق بها هيئات قضائية أخرى، تعين أن تتوافر فى الهيئة القضائية التى ينشها، خاصية الفصل فى منازعات من طبيعة قضائية.

ويتعين بالتالى إذا أريد لحق الاقتراع أن يكون متكاملاً وفق الدستور؛ أن يفرض القضاء ومن فى حكمهم إشرافهم على العملية الانتخابية من بدئها وحتى نهايتها. فذلك هو ما قصد الدستور إلى تحقيقه بنص المادة ٨٤ التى صاغها لضمان دوران العملية الانتخابية فى كافة مراحلها وفق ضوابط سيرها الصحيح. فلا يشوهها تدخل فى شأن من شئونها يخل بمصداقيتها، ويقحم الفائزين فيها على هيئة الناخبين بالخداع والتدليس.

ولم يكن ممكنا في إطار أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، أن يتم الاقتراع في اللجان الانتخابية بطريقة ديموقراطية تكون نتائجها تعبيرا عن حقيقة ما تم فيها. ذلك أن عملية الاقتراع ذاتها تتم في اللجان الفرعية -لا في اللجان العامة- وذلك وفقا لصريح الفقرة ٥ من المادة ٢٤ من هذا القانون([1]).

وبينما نص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية في المادة ٢٤ على أن يكون رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية في جميع الأحوال، فإن هذه المادة ذاتها لا تقتضى هذا الشرط فى رؤساء اللجان الفرعية، وإنما تجيز تعيينهم من بين العاملين في الدولة أو القطاع العام. أما أعضاء الهيئات القضائية ، فلا يختارون لرئاستها، إلا بقدر الإمكان.

ولم يكن القضاة بالتالي يحكمون قبضتهم على اللجان الفرعية، ولا يصرفون شيئا من أمورها. وإنما كان يهيمن عليها العاملون في الدولة أو القطاع العام الذين يسهل دائما إخضاعهم لتأثير السلطة التنفيذية وضغوطها، بل وتهديداتها بالنظر إلى أن وظائفهم لا تؤمن حيدتهم، ولأنهم خاضعون مباشرة لرؤسائهم التابعين أصلا للسلطة التنفيذية، والذين لا يلتزمون بغير توجهاتها، مما جعل العملية الانتخابية بعيدة في قواعد ضبطها عن الحيدة، منافية في سيرها للتجرد، بل تحيطها الممالأة من خلال السلطة التنفيذية التى تفرض عليها إرادتها، حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية بقانون آخر، هو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

([1]) تنص الفقرة (٥) من المادة ٢٤ المشار إليها على أن تشرف اللجان العامة على عملية الاقتراع لضمان سيرها وفقا للقانون، أما عملية الاقتراع فتباشرها اللجان الفرعية.

ذلك أن هذا القانون، وإن نص في المادة ٢٤ مكررا، على أن تشكل في مقر كل لجنة مـن اللجان العامة، لجان إشرافية يكون رؤساؤها وأعضاؤها من الهيئات القضائية، على أن تباشر كل واحدة منها إشرافها على عدد من اللجان الفرعية، وبما يكفل تناسبها -في عددها- مـع مواقـع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية؛ إلا أن اللجان الإشرافية الجديدة، لم تكن بوسـعها أن تبسط إشرافها الحقيقي على اللجان الفرعية التي تخصها. إذ يفترض ذلك تواجدها في اللجـان الفرعية التي تشملها برقابتها منذ بدء العملية الانتخابية وحتى انتهائها في الزمن المحدد لها.

وهو افتراض غير متصور عملا، لأنها تتردد فيما بين هذه اللجان الفرعية؛ ولا يتصور أن تظهر فيها جميعا في آن واحد. بل يكون إشرافها عليها واقعا في فترة قصيرة، هي تلـك التـي تقضيها في كل لجنة من اللجان الفرعية أثناء مرورها بها حتى إذ غادرتها؛ انفرط عقد العمليـة الانتخابية من جديد، ولابستها سوءاتها، وخالطها كل عمل أو إجراء يقوض مصداقيتها، ويـهبط بقيمها، ويعطل الأغراض المقصودة منها.

فلا تظهر العملية الانتخابية باعتبارها واقعة في إطار السيطرة الكاملـة للجـان القضائيـة الإشرافية، وإنما هي نظرة عابرة تلقيها عليها، فلا تبصر حقيقة واقعاتها، ولا تحيط بدخائلها، ولا يكون نتاجها بالتالي سلطة تشريعية وقع اختيار هيئة الناخبين على أعضائها، وإنما هي سـلطة تشريعية أفرزتها السلطة التنفيذية بتدخلها السافر في العملية الانتخابية، وتوجيهها لها.

ومن ثم تباشر السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور علـى ضوء خضوعها المباشر للسلطة التنفيذية بالنظر إلى اندماجها فيها؛ ولأنها تدين في وجودها لها.

وكان منطقيا بالتالي أن يتطرق البطلان إلى كثير مـن القوانيـن التـي أقرتـها السـلطة التشريعية؛ وإلى تكوين هذه السلطة في ذاتها من خلال أحكام متعاقبة كان آخرها الحكم الصـادر في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية بجلستها المعقودة في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضى بأن شرط إجراء عملية الاقتراع وفقا لنص المادة ٨٨ من الدستور، أن يكون رؤساء اللجان الفرعية من بين أعضاء الهيئات القضائية كضمان نهائي لحيدة العملية الانتخابية، وكطريق وحيد إلى الديموقراطية

في مفهومها الصحيح([1]). وإذ صدر بعد هذا الحكم النهائي قانون يعيد تنظيم العملية الانتخابية وفق مقتضاه -هو القانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١- إلا أن هذا القانون كان معيباً كذلك من النواحي الآتية:

أولا: أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وإن عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من هذا القانون بما يكفل تعيين رؤساء اللجان الفرعية التي يتم الاقتراع من خلالها، من بين أعضاء الهيئات القضائية؛ إلا أن هذه اللجان التي كان يصدر بتشكيلها قرار من وزير الداخلية، لا يزال محظوراً عليها مباشرة عملية فرز أصوات الناخبين، إذ يتم هذا الفرز -وعملاً بنص المادة ٣٤ من ذلك القانون- عن طريق لجنه الفرز التي يرأسها رئيس اللجنة العامة ويكون رؤساء اللجان الفرعية أعضاء بها. وقد كان هذا الاتجاه مفهوماً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدولها برقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية". فقد أبطل هذا الحكم ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. وإذ صار رؤساء هذه اللجان جميعهم من هؤلاء الأعضاء، فلم يعد منطقيا إقصاء هذه اللجنة عن عملية فرز الأصوات التي أدلي بها أمامها، ولا أن يكلفها المشرع بنقل صناديقها إلى لجان الفرز التي تبعد مواقعها كثيراً عن اللجان الفرعية بما يسهل تغيير هذه الصناديق أو تكديسها بأصوات جديدة لم يدل أحد بها، أو نزع أصوات صحيحة منها تلاعبا فيها، بما يفسد العملية الانتخابية ويشوه نتيجتها.

وكان الأولى أن تفرز أصوات الناخبين في اللجنة الفرعية في حضور مندوبين عن المرشحين، وبعد التحقق من صحتها، على أن تفصل اللجنة العامة في كافة الطعون المتعلقة بها وغيرها مما يتصل بدوران العملية الانتخابية وفق صحيح القانون، كالفصل في ادعاء حرمان أنصار أحد المرشحين من دخول اللجان الفرعية، أو إكراههم على الإدلاء بأصواتهم في اتجاه دون آخر.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"- جلسة ٨ يوليه ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٧٨- ص ٦٦٨- وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانيا: أن عملية الاقتراع فى ذاتها تتداخل مراحلها، ولا تقتصر بالتالى على المرحلة التى يدلى الناخبون فيها بأصواتهم فى صناديق الاقتراع، وإنما تتقدمها وترتبط بها مرحلتان أخريان.

أولاهما: مرحلة القيد فى الجداول الانتخابية. وهذه يتعين أن يكون تحقيقها، وليس مجرد الفصل فى الطعون المتعلقة بها(1) -موكلاً إلى الهيئة القضائية- ذلك أن الأشخاص الذين يقيدون فى هذه الجداول يملكون مباشرة الحقوق السياسية، وغير محرومين منها بالتالى أو موقوفين عن استعمالها. وتلك مهمة قضائية صرفة لا يجوز أن تتولاها وزارة الداخلية، وهى جزء من السلطة التنفيذية.

ثانيتهما: مرحلة دوران العملية الانتخابية -وهى الأهم- ذلك أنها تتصل بكل واقعة تلابس سيرها وتبطلها. ومن ذلك نوع التدابير التى اتخذتها وزارة الداخلية قبل الناخبين لمنعهم من التوجه إلى صناديق الاقتراع، أو للتأثير فى وجهة أصواتهم وحملهم على الإدلاء بها على نحو معين، أو إفزاعهم بالتهديد لصرفهم عن واجبهم فى الدعوة لأحد المرشحين، أو حرمان مندوبى المرشحين من مراقبة عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم ورصدها، أو إرهاق رؤساء اللجان الفرعية بأوضاع غير ملائمة يعملون فيها، أو الامتناع عن تلبية طلباتهم التى يتوخون بها ضبط العملية الانتخابية، وضمان حيدتها.

ثالثا: أن عملية الاقتراع فى ذاتها، تفترض التحقق من صفة الأشخاص الذين يدلون بأصواتهم فى اللجان الفرعية ويتعين أن يتم التدليل على صفاتهم هذه من خلال أوراق رسمية، وليس عن طريق أشخاص يتعرفون على الناخبين كمندوبي المرشحين.

---

(1) تنص المادة ١٥ من قانون مباشرة الحقوق السياسية على أن لكل ناخب قيد اسمه فى جداول الانتخاب أن يطلب قيد اسم من أهمل بغير حق أو حذف اسم من قيد من غير حق أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيد. وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أن تفصل فى الطلبات المشار إليها فى المادة السابقة لجنة مؤلفة من رئيس المحكمة الابتدائية رئيسا وعضوية مدير الأمن بها!! ورئيس نيابة يختاره النائب العام.

المطلب الثاني
ضمان مصداقية العملية الانتخابية.

٣٨١- ترتبط مشروعية ومصداقية التمثيل النيابي في بلد ما، بالكيفية التي يباشر المواطنون من خلالها حق الاقتراع. وهو حق لا يجوز التمييز فيه بين المواطنين، ولا قصره على من يملكون مصادر الثروة، أو حجبه عن المعارضين، أو تقريره بما يخل بتكافؤ أصوات الناخبين في وزنها، أو على نحو ينقض تساويهم فى فرص مباشرتهم لحق الاقتراع. ذلك أن السيادة لا يباشرها إلا المواطنون في مجموعهم. وهم يمارسونها بطريق غير مباشر من خلال أصواتهم التي يختارون بها من يمثلونهم في المجالس النيابية.

ويفترض انضمامهم إلى الدولة كوحدة سياسية تجمعهم، وحدة الشروط التي يمارسون السيادة من خلالها. فلا يجوز التمييز بينهم في ذلك، بناء على أوضاع طبقية أو اجتماعية أو أسرية أو على ضوء صفاتهم أو مصالحهم أو توجهاتهم أو انتماءاتهم، أو لغير ذلك من العوامل التي لا شأن لها بطبيعة حق الاقتراع ولا بالشروط المنطقية لمباشرة هذا الحق.

ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بمباشرة المواطنين لحقوق السيادة الوطنية، سواء كان ذلك بصفتهم ناخبين يتمتعون بالفرص الحقيقية التي يفاضلون من خلالها بين المرشحين على ضوء اقتناعهم بقدرتهم على التعبير عن القضايا التي تعنيهم؛ أم بوصفهم مرشحين يناضلون وفق قواعد منصفة من أجل الفوز بالمقاعد التى يتنافسون للحصول عليها فى المجالس النيابية.

وقد كفل الدستور لكل مواطن حق الانتخاب وحق الترشيح وهما حقان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ذلك أن ما يفرضه المشرع من قيود غير منطقية على أحدهما، ينعكس بالضرورة سلبا على الآخر. ومن ثم كان ضمان حرية الناخبين فى الإدلاء بأصواتهم، وحرية مفاضلتهم بين المرشحين فى الحملة الانتخابية، من الشروط الجوهرية لصحة جريانها، فلا تعطل حيدتها أموال تتدفق فيها بغير ضابط، ولا تدابير بوليسية ترهق المتزاحمين عليها وتصرفهم عنها، أو تفزع الناخبين بما يثنيهم عن الإدلاء بأصواتهم. وصار لازما بالتالي ضمان فرص حقيقية للناخبين فى تقرير مصير الحملة الانتخابية؛ وللمرشحين فى مجال عرض برامجهم والدفاع عنها، وأن يكون الحوار بين هؤلاء وهؤلاء جوهر الحملة الانتخابية، ودليل صدق نتائجها. فلا تؤثر فيها عوامل

خارجية تجعل إسهام المواطنين فى الحياة العامة صورة بغير مضمون. ويتعين على الأخص أن تتوازن حقوق المرشحين فيما بينهم، وأن تتكافأ فرصهم فى النفاذ إلى وسائل الإعلام، وألا تكون سطوة المال طريقهم إلى صناديق الاقتراع.

وإذا كان ضمان مصداقية العملية الانتخابية، يفترض حيدة القواعد القانونية التي تنظمها سواء تعلق الأمر بزمن أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية -وهي جهة غير قضائية- أن تنفرد بتقرير مصير العملية الانتخابية التى تتباين الضغوط التى تؤثر فى نتيجتها، وكذلك القوانين التى تتدخل فى تنظيمها، وطرائق القيد فى الجداول التى تحدد هيئة الناخبين؛ وكان فصل السلطة التشريعية فى صحة عضوية أعضائها، خروجا على طبيعة وظائفها؛ إلا أن دستور جمهورية مصر العربية انحاز إلى السلطة التشريعية انحيازا كاملا، بأن جعل قولها فصلا في شأن توافر شروط العضوية في أعضائها أو تخلفها، وذلك بما تنص عليه المادة ٩٣ من الدستور من أن العضوية لا يجوز إبطالها إلا بقرار يصدر عن السلطة التشريعية نفسها بأغلبية ثلثى أعضائها.

ذلك أن نص المادة المشار إليها يقضى بما يأتى:

يختص المجلس بالفصل فى صحة عضوية أعضائه. وتختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الشعب بعد إحالتها من رئيس المجلس. ويجب إحالة الطعن خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض.

وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الذى انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل فى صحة الطعون خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس.

ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس.

وقد حال هذا النص دون بناء الحياة السياسية فى مصر على أساس سليم، بل أدى إلى إفسادها. ذلك أن الأصل هو أن يفوز بمقاعد السلطة التشريعية هؤلاء الذين اختارتهم حقاً وصدقاً هيئة الناخبين. فإذا ثار نزاع حول صحة عضويتهم، كان هذا النزاع قضائيا فى طبيعته.

٣٨٢- ويتعين بالتالى أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها وضماناتها، وأهمها استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وحيدتها فيما تفصل فيه من المسائل التى تعرض عليها. ويستحيل أن تكون هذه الجهة -وعلى ضوء القواعد المعمول بها فى القانون المقارن- غير المحكمة الدستورية العليا: ذلك لأمرين:

أولهما: أن العملية الانتخابية فى كافة مراحلها تثير بالضرورة مطابقة إجراءاتها للدستور. وهى كذلك عملية تتكامل مراحلها، ويستحيل فصل بعض أجزائها عن بعض.

بل إن مراقبة هذه العملية لتقرير صحتها أو بطلانها لا تقتصر على تقييم النصوص الدستورية التى تتدخل فيها من أجل تنظيمها، ولكنها تشمل كذلك كيفية سيرها وطريقة ضبطها، وغير ذلك من العوامل التى تؤثر فى نتيجتها.

ثانيهما: أن بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل التى تقيس بها دستورية العملية الانتخابية لأعضاء البرلمان. لأنها تطبق عليها مناهجها فى تفسير الدستور، وتحيطها بنظرة كلية تضم أجزاءها إلى بعضها، وتستظهر بتحقيقاتها المحايدة نوع الضغوط المؤثرة فيها على ضوء خبرتها العملية.

٣٨٣- وتحليلنا لنص المادة ٩٣ المشار إليها، يدل أولا علي أن دور محكمة النقض وفقا لحكمها، ليس إلا دورا هزليا.

ذلك أن المحكمة لا تصدر حكما في صحة العضوية التي يحيلها إليها رئيس السلطة التشريعية. ولكنها تحققها لتصدر فيها رأيا يُعرض علي هذه السلطة لتقرر بأغلبية ثلثي أعضائها اعتماده أو رفضه.

ومن المتصور بالتالي إلا يؤبه لرأيها، وأن يكون تحقيقها في صحة العضوية بالتالي مجرد أوراق تقبل السلطة التشريعية نتيجتها أو تنحيها بقرار منفرد يصدر عنها بالأغلبية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣ المشار إليها.

ويدل ثانيا: علي أن أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم يستبدلون بتقدير محكمة النقض في شأن بطلان العملية الانتخابية أو صحتها، تقديرهم الخاص. ويحلون بالتالي محلها في وظيفة

قضائية بطبيعتها. بل إنهم قد يبطلون عضوية خلص اجتهاد محكمة النقض إلى صحتها. وهم بذلك يفصلون في مسائل دستورية بطبيعتها، وفي كافة العوامل المؤثرة في جريان العملية الانتخابية وفق الدستور، كتزوير أصوات الناخبين.

ويدل ثالثا: على أن تخويل السلطة التشريعية في مصر اختصاص الفصل بصفة نهائية في صحة عضوية أعضائها، مؤداه أن يكون تحققها من توافر شروط العضوية أو تخلفها، شكلا من أشكال الرقابة الداخلية التي تجريها بنفسها في شئون أعضائها.

فلا يكون هذا الفصل محايدا، بل موجها بالمقاييس السياسية ومتطلباتها. وعلى ضوء معاييرها الذاتية وتوجهاتها الشخصية.

وهذه الرقابة الداخلية هي التي كان معمولا بها في فرنسا قبل دستور ١٩٥٨، ولكنها نبذتها بعد إقرارها لهذا الدستور الذي جعل المجلس الدستوري بها قاضيا وحيدا للفصل في عضوية أعضاء السلطة التشريعية بمجلسيها. ولم تعد الرقابة على صحة العضوية بالتالي رقابة داخلية تستقل بها السلطة التشريعية، بل صارت رقابة خارجية تتولاها الجهة القضائية التي تفصل أصلا في دستورية القوانين.

وقد تحقق هذا التطور على ضوء الحقائق الواقعية التي تؤكد انحياز السلطة التشريعية في قراراتها بصحة العضوية إلى ممالأة أنصارها. بل إنها تداهن خصومها حتى تجذبهم إليها إذا قدرت ضرورة أو ملاءمة استقطابهم إلى جانبها، فلا يكون فصلها في صحة العضوية غير تنفيذ لاتفاقاتها الجانبية مع معارضيها، وإعمالا لتسوية غير معلنة واقعة وراء جدران مغلقة.

وليس ذلك إلا عبثا عريضا، وعلى الأخص إزاء ما هو مقرر في دساتير كثير من الدول الأوروبية من إبدال الرقابة الداخلية التي تباشرها السلطة التشريعية في شأن صحة عضوية أعضائها؛ برقابة خارجية يتولاها قضاة الشرعية الدستورية، وذلك حتى يستقيم تكوين مجالسها النيابية. فلا يتولى مهامها غير الأعضاء الذين فازوا بمقاعدهم في غير تواطؤ، ودون تدليس، وبغير ضغوط. وبعيدا عن المحاباة.

ويدل القضاء المقارن كذلك على أنه حتى فى الدساتير التى تعهد إلى السلطة التشريعية بالفصل فى صحة عضوية أعضائها([1])؛ فإن كلمتها فى ذلك لا تعتبر قولا فصلا.

٣٨٤- وتعطينا قضية Powell v. McCormack مثالا واضحا على ذلك. ذلك أن المحكمة العليا الفدرالية الأمريكية -وهي تقابل المحكمة الدستورية العليا في مصر- تقرر قاعدتين في هذا الشأن.

<u>أولاهما</u>: أن الديمقراطية التمثيلية تحكمها قاعدة جوهرية قوامها أن تختار هيئة الناخبين بنفسها -وعلى ضوء اقتناعها- من يكون في رأيها من المرشحين، أصلح لتمثيلها. ولا يجوز بالتالي أن تقلص السلطة التشريعية من دائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ ولا أن تضيق من فرصهم في اختيار ممثليهم؛ ولا أن تقتضي من المرشحين شروطا غير التي نص عليها الدستور([2]).

<u>ثانيتهما</u>: أن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها، ينبغي أن يفسر في حدود ضيقة، وأن يقتصر على التحقق من توافر الشروط التي تطلبها الدستور لضمان صحة انتخابهم.

فإن هي جاوزتها وذلك باستبعادها عضوا استوفى هذه الشروط ذاتها، فإن قرارها يكون باطلا([3]). ويظل انتحال السلطة التشريعية هذا الاختصاص لنفسها معيبا وخطرا ،لإهداره إرادة هيئة الناخبين، وإضراره بمصالحها المباشرة في أن يمثلها من وقع اختيارها عليهم دون سواهم، وأن تحيط بالعملية الانتخابية كل ضمانة تقتضيها فاعليتها، فلا يكون إسهام المواطنين فيها صوريا بل حقيقيا.

([1]) من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي يخول دستورها كلا من مجلسي السلطة التشريعية حق الفصل قضائيا في صحة عضوية أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members

([2]),([3]) Powell v.McCormack, 395 . U.S. 486(1969) .

ولا يجوز بالتالي أن يطرد عضو كان انتخابه صحيحا، ولو عارض علانية بعض مظاهر السياسة الوطنية، أو ندد بها([1]).

٣٨٥- تلك هي النظم الرئيسية القائمة في شأن الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية في الدول على اختلافها. وهي نظم اطرحها دستور جمهورية مصر العربية -مفضلا عليها ودون مبرر- أن تكون كلمة السلطة التشريعية هي الكلمة النهائية في شأن تحققها من توافر شروط العضوية ابتداء أو تخلفها.

ويزيد الأمر سوءا أنه وإن جاز للسلطة التشريعية وفقا لنص المادة ٩٤ من الدستور، أن تبطل عضوية لم تر صحتها، فإن نص المادة ٩٦ من الدستور يخولها كذلك إسقاط عضوية قائمة بعد ثبوتها.

وإذ كان إسقاط العضوية وفقا لنص المادة ٩٦ من الدستور يفترض زوال شروطها بعد توافرها لعارض طرأ عليها، كأن يخل العضو بواجبات عضويته، أو يفقد صفة العامل أو الفلاح التى انتخب على أساسها، أو تختل فيه أحد شروط العضوية بعد ثبوتها،أو ما ينبغي أن يتوافر فيه من الثقة والاعتبار؛ وكان نص المادة ٩٤ من الدستور لا يبطل عضوية بعد نشوء الحق فيها وفقا للدستور، وإنما يقرر تخلفها أصلا؛ فإن السلطة التشريعية يصير بيدها وحدها أن تبطل عضوية لم ينشأ الحق فيها، وأن تزيلها كذلك بعد ثبوتها؛ لتتحكم فى تكوينها الداخلي من خلال قراراتها التى تحدد بها من يكون أو يظل من أعضائها، بما يوهن من روابطهم بهيئة الناخبين التى منحتهم ثقتها، ويجعل مصائرهم بيد السلطة التشريعية . فلا يدينون بالولاء لسواها. وليس ذلك إلا إفسادا للحياة السياسية فى مصر من خلال واجهة شكلية لديموقراطية يخفي قناعها جوهر ملامحها.

([1]) Bond: V.Floyd , 385 U.S. 116 (1966).

المبحث التاسع
الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم لحقوق المواطنين وحرياتهم

٣٨٦- لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التي يتعلق مناطها بالقوانين قبل تطبيقها([١]) ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد سريانها، ما قد يظهره العمل من مثالبها. فضلا عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها -والفرض فيها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصير بعد تقرير دستوريتها نقية لا شائبة فيها، فلا تختل بعد العمل بها المراكز القانونية التي مستها.

ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشئها هذه القوانين أو تعدلها.

بيد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومثالبها الكامنة فى طبيعتها.

المطلب الأول
أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٧- لا تصلح في الدول النامية الرقابة على القوانين قبل إصدارها. ولا زال نجاحها محدودا فى الدول العربية التي طبقتها كالجزائر والمملكة المغربية وموريتانيا. ولئن طبقتها لبنان، إلا أن قوة الديمقراطية فيها واتساع قاعدتها، هي التي وفرت للرقابة السابقة فيها، فرص ثرائها وتأثيرها في أوضاع مجتمعها.

ومع ذلك تظل الرقابة السابقة -وكأصل عام- واهية متراجعة في الأعم من تطبيقاتها، خاصة في دول القارة الأفريقية التي كان نموذج الرقابة السابقة المعمول به في فرنسا، مثالا لها. وتخاذلها في الدول النامية التي اعتنقتها، مرده أن هذه الرقابة لا يحركها الأفراد، بل تثيرها الطبقة

([١]) من بين هؤلاء الأستاذة فوزية عبد الستار التي تحبذ مع آخرين الرقابة السابقة التي يتصورون أنها تدرأ عن القوانين شبهة مخالفتها للدستور عن طريق تمحيص جهة الرقابة على الدستورية لأحكامها قبل أن تدخل هذه القوانين مرحلة التنفيذ.

السياسية التي نص عليها الدستور كرئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس الشيوخ. وجميعها جهات لا يعنيها كثيرا الفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرها المشرع بالنظر إلى تضامنها فى مصالحها، أو حتى تواطئها فيما بينها، ولو جاوزت هذه النصوص أحكام الدستور بصورة ظاهرة.

وتظل الرقابة السابقة معيبة فى جوهرها، ولو خول الدستور الحق فى تحريكها لعدد من أعضاء السلطة التشريعية كستين من نوابها أو من شيوخها. ذلك أن وجود مثل هذا العدد، يفترض معارضة قوية لها أنصارها البارزين والراغبين فى الاعتراض على السياسية التشريعية التى انتهجتها الأغلبية البرلمانية، ومحاسبتها عنها أمام قضاة الشرعية الدستورية من خلال الطعن فى القوانين التى أقرتها، حتى إذا قرر هؤلاء القضاة مخالفتها للدستور، أكسبها ذلك ثقة هيئة الناخبين بها بما ينزهها على تصور مجابهتها للأغلبية البرلمانية بناء على أغراض حزبية، ويدل على أن صراعها معها كان من أجل القيم التى حرص الدستور على تثبيتها.

وفى ذلك إثراء للحياة السياسية من خلال آفاق جديدة تتهيأ بها فرص تبادل مواقعها مع الأغلبية البرلمانية من خلال عملية التداول المشروع للسلطة، فلا تؤول لغير الأجدر بثقة هيئة الناخبين.

وشئ من ذلك يندر أن يتحقق في الدول النامية التي تتولى السلطة فيها أغلبية حزبية طاغية. ولا يزيد دور المعارضة فيها عن أن يكون شكليا. ذلك أن هذه المعارضة قلما تظفر بعدد من المقاعد يؤهلها لإثارة الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها([1]) فوجودها في المجالس النيابية ليس إلا هامشيا نتيجة قهر الأغلبية البرلمانية لخصومها، وتحريفها حق الاقتراع لصالح أنصارها.

كذلك تفترض الرقابة السابقة رأيا عاما يقظا تعنيه الديمقراطية فى أعمق مظاهرها. وأخصها ضمان حق الاقتراع بما يكفل حرية هيئة الناخبين فى اختيار من تراه أقدر على الدفاع عن مصالحها.

([1]) في فرنسا يجوز لستين نائبا أو ستين شيخا الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها أمام المجلس الدستوري الفرنسي. ويستحيل أن يتوافر هذا العدد من المقاعد للمعارضة في الدول النامية.

فإذا فاز نفر من المرشحين بثقتها، كانوا مسئولين أمامها عن أخطائهم وعثراتهم. فلا تقع السلطة التشريعية في قبضة السلطة التنفيذية، ولا تندمج معها، أو يتضاءل شأنها إلى جانبها، وإنما تساويها في وزنها، وتشاركها في سعيها لتحقيق آمال المواطنين وطموحاتهم، وفي مسئوليتها السياسية أمام هيئة الناخبين، وكذلك في صونها لأحكام الدستور.

ولا كذلك الأمر في الدول النامية التي قلما يشكل مواطنوها رأيا عاما صلبا يرصد أخطاء السلطة، ويسقطها من خلال حق الاقتراع.

ذلك أن المواطنين في هذه الدول مطاردون بالقهر أحيانا، وبضغوط احتياجاتهم اليومية طورا آخر. والسلطة ترصد حركتهم، وتصنفهم بين مؤيد لها ومعارض لسياستها. وغالبا ما تغدق على مؤيديها بقدر إيذائها لمعارضيها. فلا يستقيم جوهر الديمقراطية؛ ولا تتوافر للشرعية الدستورية، بيئة صافية تزدهر من خلالها. وقد ينظر إليها بوصفها ترفا زائدا، وأحيانا بقدر كبير من الريبة.

المطلب الثاني
العيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٨- وكما تؤثر الأوضاع الواقعية التي تحيط بالرقابة السابقة، في فرص نجاحها، فإن لهذه الرقابة كذلك عيوبا ذاتية كامنة فيها. ذلك أن هذه الرقابة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة. ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنها بذلك رقابة في غرفة مغلقة لا يصلها ضوء الخبرة العملية الناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها.

ومن ثم تنعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها منظورا في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها. فلا يتم الفصل في دستوريتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال افتراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار.

ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض. ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعة. وما يفترض من آثار ترتبها النصوص المطعون عليها، ليس إلا تصورا نظريا.

كذلك تؤول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها، إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها. فإذا قرر قضاة الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمتها هذه البراءة ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً، على خطورة الآثار التي أحدثتها في العلائق القانونية التي أنشأتها أو عدلتها. فلا تكون الرقابة على الشرعية الدستورية غير رقابة قاصرة لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية المطعون عليها من جهة تطبيقاتها اليومية لتناقض نتائجها واقع الحياة التى تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن بمثالبها الواقعية.

وفضلا عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردها أن العوامل التى تحركها سياسية فى طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهى أكثر فعالية وأكفل لصون الحقوق المنصوص عليها فى الدستور. ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتين الرقابتين إلى جوار بعضهما البعض. ذلك أن الرقابة السابقة -التى لا يحركها الأفراد، وإنما تستنهضها الطبقة السياسية التى عينها الدستور- تفصل بصفة نهائية فى دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولا يجوز بعد هذا الفصل، مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التى أحدثتها. ومن ثم تتآكل المراجعة اللاحقة وتضيق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التى تعرض فى إطار الرقابة السابقة للفصل فى دستوريتها، هو الأكبر. وهو اتجاه قد تحرص عليه السلطة السياسية بقصد تمرير أكثر القوانين التى أقرها البرلمان، فلا يزنها قضاة الشرعية الدستورية بالقسط، ولا يمعنون فى بحثها بالنظر إلى قصر الآجال التى يتعين عليهم الفصل خلالها فى دستوريتها. وهو ما يسم الرقابة السابقة ليس فقط بقصورها عن ضمان حقوق المواطنين بصورة فعلية، وإنما كذلك بتسرعها.

ولا كذلك الرقابة اللاحقة التى تمحص دستورية القوانين من منظور حقائقها الواقعية، ويحركها الأفراد المعنيون مباشرة بالأضرار التى أصابتهم بها هذه القوانين، فلا يتوخون غير تصحيحها. وطريقهم إلى ذلك هو الخصومة الدستورية التى يوجهونها وفق مصالحهم. وهى خصومة تمنعهم الرقابة السابقة منها، وتقصرها على النخبة السياسية فى أعلى قممها. فلا يكون المواطنون شركاء في هموم أمتهم؛ ولا يسهمون بيقظتهم في فرض الرقابة الشعبية على مجالسهم التمثيلية. وإنما تباعد الرقابة السابقة بينهم وبين مشكلاتهم بعد أن أغلق الدستور أمامهم منافذ

عرضها. وتلك آفة حقيقية في الرقابة السابقة التي تتشح بملامحها السياسية سواء في شروط تحريكها أو طريقة ممارستها.

ولا تملأ الرقابة السابقة فراغا تقصر الرقابة اللاحقة عن سده، ولكنها تحول دونها إذا أنشأها الدستور بديلا عن الرقابة اللاحقة.

فإذا أقامها الدستور إلى جانبها، فإنها تقوضها. ذلك أن الرقابة السابقة لا تتوخى غير النظر في دستورية القوانين قبل إصدارها . فإذا اعتمدتها، فإنها تطهرها وبصفة نهائية من شبهة مخالفتها للدستور بما يؤدي إلى تآكل الرقابة اللاحقة مع الزمن، كنتيجة لانحصار مجال عملها في القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

والذين يحرصون على الرقابة السابقة في مصر، لا يتوخون بالترويج لها غير هدم المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن تقريرها في مصر، إما أن يكون بديلا عن الرقابة اللاحقة التي تباشرها هذه المحكمة وفقا للدستور القائم، وإما أن تقوم معها وإلى جانبها.

فإذا استعاض الدستور بها عن الرقابة اللاحقة، كان ذلك إبدالا لرقابة حقيقية برقابة محدودة الأثر. وإضافتها إلى الرقابة اللاحقة، يقوضها، أو على الأقل يعطل كثيرا من تطبيقاتها، فلا تبقى للرقابة اللاحقة فائدة حقيقية ترتجى منها.

المبحث العاشر
امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالا
تناقض طبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها

٣٨٩- لا يطلق الدستور للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، الحرية النهائية التي تقرر على ضوئها ما تراه هي داخلا في ولايتها. وإنما يحدد الدستور لكل سلطة تخومها وضوابط ممارستها التي لا يقتصر نطاقها على المسائل التي حددها الدستور حصرا، وعهد إليها صراحة بها Enumerated Powers؛ وإنما يتحدد إطار ولايتها بمجموع المسائل التي ناطها الدستور بها وقصرها عليها؛ وكذلك بما يندرج ضمنا تحتها Implied Powers.

فضلا عما يعتبر كامنا فيها Inherent Powers؛ أو نتيجة مترتبة بالضرورة على الاختصاص المقرر صراحة لها Resulting Powers([1]). بما مؤداه أن الولاية التي كفلها الدستور لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحيط بكل المسائل التي تتفق وطبيعة المهام التي تقوم عليها؛ وكذلك بما يعتبر من لوازمها التي لا تنفصل عنها، بل تشكل جزءا منها يتكامل معها ويتممها.

فالاختصاص المقرر للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية، يخولها إلحاق أقاليم بها وضمها إليها من خلال معاهدة دولية؛ وكذلك إدارتها والانفراد بحكمها وتنظيم شئون شعبها.

وللسلطة التشريعية في نطاق ولايتها الصريحة والضمنية، وعلى ضوء ما يعتبر كامنا فيها، أو نتيجة مترتبة عليها، أن تختار كل الوسائل اللازمة عقلا لإنفاذ اختصاصاتها وتفعيلها.

([1]) يعتبر كامنا في اختصاص السلطة القضائية بالفصل في الخصومة التي تطرح عليها، اختصاصها بتوقيع العقوبة على من يخلون بالنظام في جلساتها، أو يرتكبون جريمة التحقير بها.

Michaelson v. United States, 266 U.S. 42 (1924).

وفي ذلك يقول القاضي Field إن سلطة المحكمة في توقيع العقوبة على من يحقرونها، هي سلطة كامنة في المحاكم جميعها،ذلك أن وجودها لازم لضبط النظام في إجراءاتها القضائية، ولتنفيذ أوامرها وأحكامها، ومن ثم لإدارة العدالة إدارة فعالة [(1874) 505 (86 U.S.) 19 Wall].

وفي نطاق ولايتها هذه، تنظم السلطة التشريعية كل المسائل المتعلقة بحقوق الأفراد وحرياتهم؛ وكذلك ما يتصل بشئون الاقتصاد، وبالسلطة القضائية؛ لضمان استقلالها وحيدتها وتحديد قواعد تنظيمها وتوزيعها؛ وبنزع ملكية بعض الأموال من أصحابها؛ وبتحديد الجرائم وعقوباتها؛ وبفرض المكوس على اختلافها؛ وبوسائل دعم التجارة وترويجها، وبإيفاء ديون الدولة، وبإصدار أذون الخزانة لصالحها Treasury notes؛ وبإلغاء شرط الوفاء بالعقود ذهبا؛ وبإصدار قوانين خاصة لتنظيم الفصل في بعض القضايا؛ وغير ذلك من المسائل التي يجوز أن تشرع فيها كفرضها لرقابتها على النقود، والإذن بصكها.

بما يؤكد حقيقة قانونية مفادها أن ولاية السلطة التشريعية عريضة فى اتساعها، وإن كان لا يجوز لها اعتبار بعض الأشخاص مذنبين قبل أن تدينهم محكمة تكون كذلك في تشكيلها وضماناتها Bills of attainder.

كما لا يجوز لها تقرير قوانين جنائية رجعية الأثر Ex Post Facto law([1])، أو تقرير عقوبة مفرطة في قسوتها، وغير ذلك من المسائل التي منعها الدستور من التدخل فيها، كحق السلطة التنفيذية فى عقد قروض بغير موافقة السلطة التشريعية.

وإذ يحجز الدستور السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، في ممارستها لاختصاصاتها الشاملة، فذلك هو الأصل. ذلك أن كلا منهما. تنفرد بوظائفها التي تلتئم مع طبيعة المهام التي تقوم عليها، وبموظفيها الذين يتبعونها، فلا يباشرون عملا لغيرها. فضلا عن أن ضمان استقلال أعضاء السلطة التشريعية، من الشروط الجوهرية التى تكفل حرية ممارستهم للشئون التي يتولونها؛ وأخصها أن المجالس التمثيلية تقوم بطبيعتها على الحوار وتبادل الآراء فيما يعرض عليها أو داخل لجانها، وعلى الأخص ما تعلق بتقدير مشروع قانون مقترح، سواء بقبوله أو بانتقاده.

ولا يجوز بالتالي مناقشتهم فيما أبدوه من آراء أو طرحوه من أقوال؛ ولا الخوض في مضمونها أو دوافعها، وإلا كان ذلك تدخلا في حريتهم فى مجال عرض الآراء التى يؤمنون بها

([1]) لا يدخل في إطار القوانين الجنائية رجعية الأثر، تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ارتكابه الجريمة.
Cook v. United States, 138 U.S. 157, 183 (1891).

والإصرار عليها، وتقديم الوثائق التي تؤيدها The speech-or-debate clause. وإن كانت حريتهم هذه لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن العملية التشريعية، وإن كان لا يجوز إعاقتها، أو تأثيم دوافعها، أو تجريح المتدخلين فيها؛ إلا أن ذلك يفترض مطابقة سلوكهم للقانون.

ولا كذلك الرشوة التي يقبلها عضو في البرلمان بقصد توجيه الحوار في موضوع معين وجهة بذاتها؛ أو لضمان تصويته فيه على نحو معين. ذلك أن الارتشاء ليس جزءا من العملية التشريعية. ويستحيل تصوره باعتباره واقعا في نطاقها([1]).

وشأن الارتشاء، شأن كل عمل يصدر عن عضو بالبرلمان ممالأة لغيره، ولو لم تعد عليه من هذا العمل أية فائدة شخصية. ذلك أن الأقوال أو الأفعال التي تصدر عن البرلمانيين، يتعين ألا تحكمها أو توجهها ضغوط أيا كان نوعها، ولا أن يكون الانتهاز أو التضليل مدخلا إليها، ولا أن تتمحض تجارة يتربحون منها؛ ولا أن تناقض -بوجه عام- التجرد والحيدة اللتين ينبغي أن تتسم بها تصرفاتهم جميعها داخل البرلمان، كشرط كامن في طبيعة وظائفهم التي لا يخل بها أن يقوموا بمهام مؤقتة في لجان تعطيهم أجرا عنه؛ أو أن يكونوا أمناء لتنفيذ بعض الوصايا، أو زائرين غير متفرغين للتدريس في معاهد علمية.

ولا يجوز بالتالي أن يتولى عضو بالسلطة التشريعية، وظيفة أو عملا خارجيا -ولو لم يكن حكوميا- كلما جرد توافر هاتين الصفتين فيه، الآراء التي يبديها من حيدتها، أو قوض واجبه في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية، ومحاسبتها عن أخطائها، بما لا يحقق لصوته استقلالا يتوقى به الانزلاق إلى المحاباة أو الولوغ في المغانم الشخصية، أو التلون بلون السلطة بقصد مداهنتها.

وما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور، من أن للعاملين في الحكومة أو في القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية السلطة التشريعية، وأن يفوزوا بمقاعدها مع احتفاظهم بوظائفهم وأعمالهم في جهاتهم الأصلية، مؤداه أن الفائزين بالمقاعد البرلمانية، لا ينفكون عن جهاتهم الأصلية الملحقة بالسلطة التنفيذية غالبا. وإنما يتبعونها. ولا ينفصلون كذلك عنها، بحكم خضوعهم وظيفيا وإداريا لرؤسائهم فيها. فلا يسائلون جهاتهم هذه عن أخطائها، ولا يواجهون انحرافها بالصرامة الكافية. بل إن جهاتهم تلك توفر فرص إرشائهم من خلال المزايا -الوظيفية وغيرها- التي تغدقها عليهم.

([1]) United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979).

فلا يكون موقفهم منها غير انحياز لها، دائرا في حلبة توجهاتها، وملتفتا عن قصور أدائها، ولو قام الدليل لديهم على خطئها أو جنوحها، أو إضرارها بمصلحة لها شأنها.

كذلك يحيل نص المادة ٨٩ من الدستور، إلى القانون لبيان الأحوال التي يجوز فيها لعضو السلطة التشريعية أن يكون غير متفرغ لشئونها، بما يوزع جهده بينها وبين الأعمال الأخرى التي رخص له المشرع في القيام بها أو توليها.

وفى ذلك إغراق في إلهاء أعضاء السلطة التشريعية عن واجباتهم الأصلية التي أنابتهم هيئة الناخبين عنها في مباشرتها، فلا ينصرفون إليها، بل يتخلون عنها بصورة كلية أو جزئية. وكثيرا ما يجنحون إلى تفضيل مصالحهم فى الأعمال العرضية التى يتولونها، فلا تستقيم عضويتهم من شوائبها. ذلك أن الأصل هو ألا تكون لهم مصلحة في عمل أو إجراء أو تعاقد يؤثر في حيدة أصواتهم أو ينال من قدرتهم على مجابهة المسائل التي تناقشها السلطة التشريعية وإبداء رأيهم فيها فى حرية كاملة وبغير تدخل من أحد. وكان منطقيا بالتالى أن تمنعهم المادة ٤٩ من الدستور خلال مدة عضويتهم، من شراء شئ من أموال الدولة أو استئجاره؛ وأن تحظر عليهم كذلك أن يبيعونها أو يؤجرونها شيئا من أموالهم أو يقايضونها عليها، أو يتعاقدون بوصفهم ملتزمين أو مقاولين أو موردين.

ولئن كان الحظر المقرر بنص المادة ٤٩ من الدستور، يتناول صورا من التعامل يفترض أن يفيد أعضاء البرلمان من الدخول فيها؛ إلا أن تعميم هذا الحظر ليشمل كافة الأعمال التى يؤثر توليها فى الأداء الأقوم لواجباتهم، أو يخل بمسئوليتهم قبل هيئة الناخبين، يكون واجبا كذلك من باب أولى. ولا يجوز بالتالى -ولو بنص فى الدستور- تقويض استقلال البرلمانيين، ولا أن تتهيأ لهم الفرص التى يختل بها ضبط العملية التشريعية بما يعطل أو يقيد جريانها فى الحدود المفترضة فيها. ذلك أن القيم التى يحتضنها الدستور يتعين ضمان سريانها فى النظم القانونية جميعا. والدستور أولاهما بالنزول عليها بحكم كونه وعاء للقيم ومصدر أكثر جوانبها. وهى قيم يفترض

أن تتكامل لا أن يمحو بعضها البعض، ولا أن يسقطها نص ولو ورد فى الدستور، وإلا صار هذا النص باطلا([1]).

وما السلطة التشريعية فى تكوينها وكيفية مباشرتها لولايتها، غير إطار للتعبير بصدق عن إرادة هيئة الناخبين، فإذا حرفها أعضاؤها مخاتلة أو إهمالا، اختل بنيان السلطة التشريعية لتكون محصلة جهدها قوانين ظاهرة البطلان، أو على الأقل قوانين لم يحسنوا مناقشتها وصرفوا اهتمامهم عنها.

المطلب الأول
ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية

٣٩٠- ما أن يقيم الدستور سلطة تشريعية إلى جوار السلطة التنفيذية حتى يثور التساؤل حول حقيقة وماهية الروابط التى تجمعهما. ذلك أن الدستور وإن فصل بينهما بجعلهما سلطتين متكافئتين قدرا Co- equal branches لا تمتزجان أو تتداخلان؛ إلا أن الحقائق التاريخية التى يشهد بها القانون المقارن، تدل على توحدهما بوجه أو بآخر، وأن الفصل بينهما لم يكن فصلا حقيقيا، بل كان تصوريا، وعلى الأقل فى الدول حديثة الاستقلال والدول الأقل نموا، والتى يشهد تاريخها بأن اندماج هاتين السلطتين فى بعض، كان هو الأصل.

وهو ما تحقق على الأخص من خلال ذوبان السلطة التشريعية فى السلطة التنفيذية التى تبسط قوتها على كثير من مظاهر الحياة، معتصمة فى ذلك بغطاء من القوانين التى تحيط نفسها بها، أو حتى دون قانون، ومن خلال التحكم.

وقد كان توحيد السلطة قائما حتى فى العهود القديمة. وهو ليس بالتالى بظاهرة حديثة. ذلك أن مقاليد الحكم كان يتولاها شخص يقبض عليها -ملكا كان أو أميرا أم إمبراطورا- باعتباره مفوضا من الآلهة فى القيام عليها. فلا تدور السلطة إلا حوله، وهو بذلك مصدرها.

([1]) Donald P. Kammers, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.p. 48- 49.

ولا كذلك الأشكال المعاصرة لتوحد السلطة التى لا تقوم على جذبها فى كل عناصرها، وإنما تتولاها منفردة قلة تحيط نفسها بمظاهر القوة، وتعمل من خلال دائرة مصغرة تضمها إليها لا يدخلها غير الاصفياء الذين تمنحهم -وبقصد الإيهام بواجهة ديموقراطية تحرص عليها- جانبا ضئيلا من عناصر ولايتها. فلا تتركز السلطة بكاملها فى يدها. وقد تحقق توحد السلطة فى كثير من الدول حديثة الاستقلال من خلال ثورة قام بها الجيش غايتها الظاهرة العمل على تحقيق العدالة الاجتماعية، وضمان الحقوق السياسية التى لم يظفر المواطنين بها. ولئن حرص قادة هذه الثورة على الدفاع عن قضية الديموقراطية من أجل تكوين نظم مدنية فى خصائصها تحل محلهم بعد فترة من الزمن يحددونها؛ إلا أن تخليهم عن هذه النظم وتسويفهم فى بناء أسسها، كان واقعا حيا دل على رغبتهم فى احتكار السلطة بالخداع حتى لا يعود الثوار إلى ثكناتهم يوما. مثلهم فى ذلك مثل الفاشيين والشيوعيين والنازيين الذين قفزوا إلى السلطة بصور مختلفة ولم يبرحوها بذرائع شتى تتردد بين كونهم الصفوة المختارة التى يوجهها فوهرر يترجم الآمال الوطنية ويكفلها؛ وبين كون البروليتاريا هى الطبقة الوحيدة التى تعمل فى كفاحها ضد الرأسمالية على تصفية صور الاستغلال على اختلافها؛ وبين مزج حياة الفرد بالقيمة الأعلى التى تمثلها الدولة فى حركتها الجماعية.

وأيا كان شكل توحد السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الدول المعاصرة، فإن رصد مخاطره يدل على أن التوازن بينهما لم يعد قائما، وأن استقلال السلطة التشريعية وحريتها فى العمل صار وهما، وأن ولاءها صار للسلطة التنفيذية لا لهيئة الناخبين. ذلك أن هذه السلطة هى التى منحتها وجودها من خلال مساندتها لأعضائها الذين رشحتهم بنفسها فى الحملة الانتخابية، مستنفرة قواها لسحق خصومهم ليظفروا من دونهم بأكثر مقاعد السلطة التشريعية.

وتلك هى الأغلبية البرلمانية التى تصطنعها السلطة التنفيذية بوسائلها، وتبقيها فى دائرة ضوئها حتى تكون مجرد تعبير عن صوتها. فلا تظهر فى الحياة السياسية غير سلطة تنفيذية داهمة بقوتها، وسلطة تشريعية متراجعة بولايتها، مهيضة قدراتها، متوارية فى الظلال، لتأخذ القوانين التى تقرها صورة السلطة التنفيذية من خلال تحقيق توجهاتها ومطالبها، أيا كان مضمونها، بما يحيل التوازن بين هاتين السلطتين إلى تفاضل يقدم السلطة التنفيذية على التشريعية . فلا تعمل هذه بتفويض من الجماهير، وإنما بتفويض من السلطة التنفيذية التى تدين

فى وجودها لها . وليس للسلطة التشريعية بالتالى من مكان إلى جوارها. بل هى دائما خلفها، لا تبصر سواها، وآذانها لها.

المطلب الثاني
حدود الحصانة البرلمانية

٣٩١- تكفل الدساتير بوجه عام حصانة برلمانية في شأن الآراء والأفكار التي يبديها أعضاء السلطة التشريعية أثناء أدائهم لوظيفتهم بها سواء خلال جلساتها أو داخل لجانها([1]).

وتبدو أهمية هذه القاعدة من ناحتين:

أولاهما: أنها تحول دون تدخل السلطة التنفيذية فيما يصدر عن أعضاء السلطة التشريعية من أقوال أو أفعال أثناء مناقشتهم المسائل التي تنظرها.

ثانيتهما: أنها تكفل لهؤلاء الأعضاء التركيز على واجباتهم بصفتهم ممثلين لهيئة الناخبين التي أنابتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية. فلا يتخلون عن مسئوليتهم قبلها، ولا يصرفهم عنها خوفهم مما قد تتخذه السلطة التنفيذية قبلهم من تدابير بقصد إيهان عزائمهم، أو لحملهم على تجاهل سوء تصرفاتها، أو لمنعهم من انتقاد رموزها أو تجريحها، بما يؤول في النهاية إلى تبعيتهم لها.

ومن ثم كان منطقيا أن ترتبط الحصانة البرلمانية -في مفهومها وغاياتها -بما يصدر عن أعضاء البرلمان من أقوال وأفعال اتصالا بالمهام التشريعية التي يتولونها، وبما يكفل صدق أدائها واتصال حلقاتها.

وتعتبر أعمال اللجان البرلمانية جزءا من العملية التشريعية، يمهد لها وينير الطريق إليها، ويستكمل ما نقص من مقوماتها، سواء تعلق الأمر بتقييم مشروع قانون معروض عليها، أو بأوضاع تريد تقصيها في موضوع معين([1]).

([1]) تنص المادة ٩٨ من الدستور المصري على أنه لا يجوز أن يؤاخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه

كذلك تعتبر أعمال التحقيق التى تجريها هذه اللجان، وثيقة الصلة بالوظيفة التشريعية ذاتها. ويندرج اختصاصها فى ذلك -ضمنا- فى المفهوم العام للسلطة التى يباشرها البرلمان.

ذلك أن السلطة التشريعية لا يسعها أن تباشر المهام التي ألقاها الدستور عليها إلا على ضوء معلومات تنفذ إليها، وحقائق تبصرها، ومفاهيم تتحراها، وظروفا تتعمقها، كي تكون قراراتها وتشريعاتها قريبة قدر الإمكان من واقعاتها، مرتبطة عقلا بها، بما يجعل تشكيلها لهذه اللجان وتكليفها بمهام تتصل بوظيفتها التشريعية، جانبا ضروريا من متطلباتها، يتكامل معها ويتممها، وحقا ثابتا لها يكفل فعالية أدائها لهذه الوظيفة وتحوطها فى مباشرتها، ولو لم ينص عليه الدستور([2]).

The exercise of its legislative functions effectively and advisedly.

ومن ثم صح القول بأن سلطة التحقيق البرلمانى، وما يقترن بها من أعمال نتيجة هذا التحقيق، هى سلطة ضرورية توفر أداة ملائمة للمعاونة فى العملية التشريعية([3]).

An essential and appropriate auxiliary to the legislative function.

ذلك أن المجالس النيابية لا تحوز في يدها كافة الوثائق والحقائق التى تلزمها لإقرار مشروع قانون أو لتعديل قانون قائم. وعليها بالتالى أن تحصل على بياناتها من المصادر التى تملكها، والتى لا تقدمها غالبا بمبادرة منها، وإنما من خلال قهرها على إعطائها.

([1]) شكل مجلس النواب الأمريكى أول لجنة برلمانية لتقصى الحقائق فى عام ١٧٩٢ .وذلك للتحقيق فى أسباب هزيمة الجنرال St Clair وجيشه من الهنود فى الشمال الغربى للولايات المتحدة الأمريكية. وقد خول هذا المجلس اللجنة التى شكلها حق استدعاء الأشخاص والحصول على الأوراق والسجلات التى تراها ضرورية لمعاونتها في النهوض بتحرياتها.

([2]) لا يتضمن الدستور الأمريكى أى نص يخول مجلس النواب أو مجلس الشيوخ إجراء تحقيقات أو الحصول على شهادة من أى شخص يتوخى بها الكونجرس بمجلسيه مباشرة الوظيفة التشريعية بفعالية وتبصر. وقد باشر البرلمان الإنجليزى هذا الحق. وكذلك المجالس النيابية للمستعمرات الأمريكية قبل تبنيها الدستور الأمريكى:

Landis, Constitutional limitations on the congresstonal power of investigation, Harvard law Review,153, 159- 160 (1926).

([3]) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 187 (1957).

وحتى لو عرضوا اختيارا تزويد البرلمان بما لديهم من حقائق، فإن بياناتهم بشأنها قد تكون قاصرة أو غير دقيقة. فلا يطمأن إليها إلا أن بعد أن تدفقها اللجان البرلمانية تحريا لصحتها.

ولا زال ينظر إلى هذه اللجان باعتبار أن حصولها بطريقة جبرية -على كل معلومة تطلبها في نطاق المهام التى حددها المشرع لها- ليس فقط كضرورة تقتضيها العملية التشريعية ذاتـــها، وكإجراء ملائم للنهوض بها A necessary and appropriate to the power to legislate؛ وإنمـــا كذلك على تقدير أن عمل تلك اللجان يلتحم بالعملية التشريعية ويتداخـــل فيـــها Inhering in the legislative process.

ولئن واجه الناس أحيانا عمل اللجان البرلمانية المشار إليها بموجة من العداء بالنظر إلـــى إقحامها نفسها فى مسائل يختصون بها، ويرفضون إطلاع أغيار عليها؛ إلا أن تشكيلها ظل حقـــا ثابتا للمجالس النيابية جميعها، واختصاصها فى المسائل التى تحققها بعيد في مداه.

فلا يقتصر بحثها على نوع من المصالح دون غيره؛ ولا علي صور من مظاهر التصـــور في العمل العام دون سواها؛ ولا علي تقصى الكيفية التى تدار بها القوانين القائمة، أو يصاغ بـــها مضمون مشروع تدعو الحاجة إلى إقراره؛ وإنما يجوز أن يشمل اختصاصها كل صور العـــوار التى تواجهها النظم القائمة، بغض النظر عن طبيعتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتـــى يعيد البرلمان تقييمها ويصلحها. ويقدم بالتالي أو يحجم عن مشروع القانون المطروح علي ضوء نتيجة عملها([1]).

على أن اتساع سلطة اللجان البرلمانية لا يعنى أنها غير مقيدة. ذلك أن استخدام هذه اللجـان لسلطاتها رهن ليس فقط باتصالها بالعملية التشريعية، وإنما بكونها عاملا معاونا فى حسن أدائها. ولا يجوز بالتالى أن تجاوز سلطاتها الحدود التى لا تبلغها السلطة التشريعية نفسها([2]).

وليس لهذه اللجان بالتالي -شانها فى ذلك شأن البرلمان- أن تتدخل فـــى خـــواص الحيـــاة وأعمق مكوناتها، ولا أن تحقق في غيرها من المسائل التى لا يجوز أن يشرع البرلمـــان فيـــها،

([1]) Barenblatt v. United states, 360 U.S. 109, 111 (1959); See also Eastland v. United servicemen's Fund 421 U.S. 491, 305- 307 (1975).

([2]) Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168, 189 (1881).

كتقصيها مسائل يدخل الفصل فيها فى ولاية السلطة القضائية دون غيرها. ويظل اختصاص تلك اللجان منحصرا فى المسائل التى عينها المشرع لها، وبالأغراض التى توخاها من تشكيلها(١).

وقد يشكل البرلمان لجنة للنظر فيما إذا كان عضو به يجوز طرده على ضوء سلوكه. ولها عندئذ أن تستدعى الشهود الذين يكشفون لها عن كل واقعة يمكن أن يؤسس عليها قراره بطرد هذا العضو، كلما كان سلوكه منافيا لواجباته فى البرلمان وللثقة المودعة فيه(٢).

وحق اللجان البرلمانية فى الحصول على كل معلومة تراها ضرورية لعملها، لا يقتصر على حملها الأفراد على تقديمها هى والأوراق التى تتعلق بها. وإنما يجوز لهذه اللجان أن تحصل عليها من الأجهزة الحكومية على اختلافها بقصد تنويرها السلطة التشريعية فى شأن مشروع القانون المعروض عليها.

ويفترض في مباشرة السلطة التشريعية لهذا الاختصاص، أن أهدافها من تكوين هذه اللجان لها صلة بمشروع قانون مطروح عليها، وأن أهدافها هذه جائزة قانونا.

وقد أذن القضاء للسلطة التشريعية بتكوين تلك اللجان، ولو لم تكن قد حددت سلفا وجه استفادتها من تحقيقاتها، أو كيفية تعاملها فى بياناتها. وخولها القضاء كذلك سلطة التحقيق -ومن خلال اللجان البرلمانية- فى صور الغش التى داخلت عقود إجارة لأماكن تملكها الدولة، ولو بعد رفعها للدعوى التى تختصم فيها هذه العقود بقصد إبطالها والتعويض عنها. وحتى بعد رفض المستأجرين تقديم شهادتهم فى شأن تلك العقود تأسيسا على أن أمر الفصل فى صحتها أو إبطالها لازال معلقا أمام السلطة القضائية، وأن التحقيق البرلمانى لا صلة له بالمهام التى تقوم عليها السلطة التشريعية فى نطاق وظيفتها؛ فإن هذا الاعتراض من جانبهم لم يثنها عن توجيه اللجنة التى شكلتها إلى المضى قدما فى عملها، وأن تقدم إليها نصيحتها فى شأن مشروع القانون اللازم لمواجهة ما اعتور هذه العقود من خلل(٣).

---

(1) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135, 170 (1927).

(2) In re chapman, 166 U.S. 661 (1897); See also Barry v.United states ex rel cunningham, 279 U.S. 597 (1929).

(3) Sinclair v.United States 273 U.S. 135, 295 (1927).

ذلك أن الأموال التى تملكها الدولة كانت محلا للعقود المشار إليها، ولا يجوز بالتالى الاحتجاج بأن اللجنة التى تتحراها لتقرير حقيقة الأمر بشأنها، تتدخل فى الشئون الخاصة للأفراد. وقد تفرع عن حق السلطة التشريعية فى تأمين مصالح بلدها، الحق فى تشكيل لجان برلمانية غايتها التحقيق فى صور النشاط المعادية للدولة، ومواقعها المختلفة ومصادر تمويلها([1]).

ويجوز كذلك فى الدول الفيدرالية -وفى إطار شرط تداخل التجارة بين ولاياتها- أن تشكل سلطتها التشريعية المركزية لجانا للتحقيق فى مظاهر القصور فى أعمال كل منظمة نقابية وكذلك فى انحرافاتها([2]).

كذلك فإن العدوان على الحقوق المدنية للمواطنين، يخول السلطة التشريعية -وهى تختص بحمايتها- تشكيل لجان برلمانية للتحقيق مع كل منظمة أو جهة تعمل فى اتجاه إنكار هذه الحقوق.

ولعل أبرز قيد يحد من عمل اللجان البرلمانية، هو أنها لا تحقق لمجرد التحقيق، ولا تظهر من الناس عوراتهم لمجرد كشفها والتعريض بهم([3]).

The is no congressional power to expose for the sake of exposure.

ولكل شخص يدعى للشهادة أمامها للتحقيق فى نشاط يقوم به، أن يطلب منها بيان نطاق سلطتها فى إجراء التحقيق، ووجه تعلق أسئلتها به. ذلك أن اختصاص هذه اللجان لا يجوز أن يجاوز حدود التفويض الصادر لها من البرلمان. فهو الذى أنشأها ومنحها ولايتها، وحدد القيود عليها. ولا يتصور أن تزيد سلطتها على سلطة البرلمان الذى أحدثها.

وبقدر انبهام التفويض الصادر لهذه اللجان، يزداد اتساع سلطاتها إلى حد العدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم.

كذلك فإن غموض هذا التفويض يفقده مشروعيته. ذلك أن حدوده القاطعة هى وحدها التى تحول دون إساءة استعمال تلك اللجان لسلطتها، وتظهر كذلك ما إذا كان تدخل هذه اللجان واقعا فى نطاق أذن المشرع بالتحقيق فيه، أم أن نشاطها تعداه إلى نطاق آخر.

---

(1) Deutch v. United States, 367 U.S. 456 (1961).

(2) Hutcheson v. United states, 369 U.S. 599 (1962).

(3) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 200 (1957).

وكما أن الدستور يقيد السلطة التشريعية فى مجال القوانين التى تقرها، فإن الدستور يقيد كذلك عمل هذه اللجان، ويلزمها -ولو لم يرد نص بذلك فى قرار إنشائها- بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم؛ ويندرج تحتها ألا تحمل اللجان شخصا تدعوه للمثول أمامها على الإدلاء بشهادة قد يدان جنائيا بسببها([1]) ولا أن تأمر بتفتيش أوراق يحوزها أو أشياء تتعلق به بغير إذن قضائى ولا أن تقيد حريته بغير الوسائل القانونية السليمة([2]).

وكلما قام الدليل على أن عمل اللجان البرلمانية لا يرتبط بغرض غير مشروع، فإن إسباغ الحصانة البرلمانية على أعمالها الواقعة فى نطاق غرضها، يكون واجبا؛ شأنها فى ذلك شأن البرلمانيين الذين تقتضى وظائفهم ألا يعاونوا ناخبا فى الحصول على مزايا لا يستحقها، أيا كان نوعها؛ ولا أن يقبلوا رشوة من أحد لضمان تصويتهم من اتجاه دون آخر؛ ولا أن ينشر أحدهم علانية تقريرا صدر عن لجنة برلمانية، ولو كان هذا التقرير متداولا بين أعضاء البرلمان، أو كان يردد أقوالا دونتها هذه اللجنة فى تقريرها، كلما تناول ذلك التقرير أشخاصا أسفر التحقيق معهم عما يشينهم.

فاللجان البرلمانية لا تنفصل جوهر مهامها عن تلك التى تقوم عليها السلطة التشريعية. ويكفل الدستور الحصانة البرلمانية لأعضاء هذه اللجان فى الحدود ذاتها التى يضمنها للبرلمانيين أنفسهم. حتى يكفل لها ولهم حريتهم فى التعبير عن آرائهم بالكلمة وبالفعل، لتنطلق عملية الحوار والاتصال فيما بينهم، وتتحرر من عوائقها The deliberative and communicative processes. ولا يتصور بالتالى إطلاق الحصانة البرلمانية من أوصافها التي تقيدها؛ وإنما يتحدد مناطها بالعملية التشريعية ذاتها؛ وإطارها العام بكافة الحقوق التى ترتبط بها؛ ووسائلها بكل الآراء فى تفاعلها وتقابلها سواء فى ذلك ما ألقى منها بلغة هادئة، أو بعبارة جارحة، بغوغائية مفرطة أو بعقلانية ناضجة، بعمق كامل أو بنظرة سطحية.

([1]) Quinn v. United States, 349 U.S. 155 (1955).

([2]) Mcphaul v. United States, 364 U.S. 372, 382 - 83 (1960): Gojack v. United States, 384 U.S. 702 (1966).

وليس معقولا ولا مقبولا أن يسائلهم أحد عن أعمال وظائفهم التى أدوها بحسن نية، ولا أن يسوقهم إلى القضاء للتعويض عنها حتى لا تتفرق جهودهم، ويتحول اهتمامهم إلى مسائل جانبية تبدد وقتهم.

ولو أنهم سئلوا عن كل كلمة نطقوا بها، وعن دوافعهم إلى النطق بها، وعن كل قرار اتخذوه -صائبا كان أم خاطئا- لا ختل بنيان العملية التشريعية التى تفترض فى جوهرها تعلقها بنشاط يتمحض عملا تشريعيا Purely legislative Activities.

ولا كذلك سعيهم لاستثمار الوظيفة التشريعية أو التستر وراءها لإتيان أعمال لا تشملها بقصد تحقيق مغانم شخصية([1]).

ذلك أن تصرفهم على هذا النحو يقتضى تأديبهم ويزيل عضويتهم بقرار من السلطة التشريعية نفسها([2]) التى لا تتوافر أمامها -وبحكم تكوينها- ضمانة الحيدة والاستقلال اللتين تكفلهما السلطة القضائية فصلا فى الخصومة التى تعرض عليها.

ولو قيل بسريان الحصانة البرلمانية فى غير نطاقها، لكان التذرع بها طريقا للانتهاز وقيدا بغير مبرر على السلطة القضائية ذاتها التى تفصل فى كل نزاع يعرض عليها من خلال الخصومة القضائية.

ولعل ما تقدم هو ما دعا القضاء المقارن إلى فصل الأقوال والأفعال التي تصدر عن عضو بالبرلمان فيما لا شأن له بالعملية التشريعية؛ عن نطاق الحصانة البرلمانية، لتشملها الرقابة القضائية.

بل إن هذه الرقابة تنبسط كذلك على الأعمال التي أتمتها السلطة التشريعية في شكل قانون أو قرار، ليفصل قضاة الشرعية الدستورية فى اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، وبغير تعرض منهم لآراء أعضاء السلطة التشريعية بشأنها، أو دوافعهم لإقرارها، أو موقفهم منها.

([1]) ومن قبيل هذه المغانم هجومهم فى الصحف على خصومهم وتنديدهم بهم.

([2]) United states v. Brewster, 408 U.S. 501, 518 (1972).

المبحث الحادى عشر
حصر نطاق التفويض التشريعى فى أضيق الحدود

٣٩٢- كان يقال قديما بأن الدستور فصل بين السلطة التشريعية التي اختصها بإقرار القوانين The law- making power وبين السلطة التنفيذية التي عهد إليها بتنفيذها The law-executing power، وبينهما وبين السلطة القضائية التي ناط بها اختصاص تفسير القوانين وتطبيقها في النزاع المعروض عليها The law-interpreting power ، وأن الفصل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، يقتضيها ألا تفوض إحداها في مسائل تتولاها وتدخل في ولايتها وفقا للدستور، خاصة وأن تقسيم السلطة بين الأفرع الثلاثة التي تباشرها، مؤداه أصلا ألا تنقل السلطة التشريعية ولايتها -وعلى الأقل في العريض في مسائلها- لا إلى السلطة القضائية ولا إلى السلطة التنفيذية، ولا أن تنحل لنفسها اختصاص هاتين السلطتين اللتين تتكافآن معها وزنا وقدرا.

بيد أن فصل السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية، لم يعد اليوم مبررا كافيا يصادر التفويض في الاختصاص، خاصة وأن التعاون بينها جميعا يعتبر مدخلا وحيدا لمباشرة كل منهما للمهام التي تقوم عليها بطريقة أفضل.

ودل العمل كذلك على أن السلطة التشريعية حتى وإن خلا الدستور من نص يخولها أن تفوض جانبا من اختصاصاتها إلى جهة إدارية أو قضائية، إلا أنها عملا تفوض بعض مظاهر ولايتها إلى غيرها، وعلى الأخص كلما تعذر عليها أن تواجه بتشريعاتها المسائل التفصيلية التي تندرج في قواعدها الكلية، وأن تتنبأ سلفا بأوضاع تطبيقها، أو تحيط بمشكلاتها العملية وبالحلول اللازمة لتغطيتها.

وصار التفويض بالتالي ضرورة عملية قبل أن يكون حقيقة قانونية، وهي ضرورة لا يمكن التنصل من موجباتها؛ ولا إطلاقها من كل تنظيم يضبطها؛ ويعتبر إطارا لها.

وتظل الصعوبة التي لا مراء فيها، هي في بيان الحدود الخارجية لهذا الإطار... فهل لا يكون التفويض جائزا إلا إذا كان مقبولا عقلا بأن كان واقعا فى إطار الحدود المنطقية للتفويض...!!؟؛ أم أن المسائل التى يشملها التفويض لا يجوز أن يراقبها قضاة الشرعية الدستورية

بالنظر إلى حساسيتها وتعقد دروبها بما يفرض عليهم تجنبها قدر الإمكان؟ أم أن شـــرط جــواز التفويض هو انحصاره في مسائل جانبية محدودة الأهمية؟

المطلب الأول

شروط جواز التفويض

٣٩٣- ولبيان ما إذا كان التفويض في الاختصاص جائزا قانونا أم محظورا، فــإن ثمــة قواعد قانونية يتعين إيضاحها بصفة مبدئية وهي:

أولا: أن ولاية السلطة التشريعية تنحصر أصلا في الحدود التي قيدها الدستور بها.

ثانيا: أن تقرير اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي عهد الدستور بها صراحة لها، لا يحول دون مباشرتها لكل المسائل التي تتفرع بالضرورة عن اختصاصها العام.

فالرقابة التي تفرضها السلطة على موارد الدولة،تخولها الاختصاص بتنظيم كيفية إنفاقـــها في مصارفها.

بما مؤداه أن ما يعتبر من الفروع نتيجة مباشرة للأصول التي تجمعها، يكون من لوازمــها التي لا تنفصل عنها.

فالسلطة في عموم مفهومها تتناول بالضرورة كل ما يدخل في جزئياتها.

وتلك قاعدة يمليها حكم العقل، ولا مجال لدحضها أو الاعتراض عليها، ولو خلا الدســتور من نص يقررها.

ثالثا: الأصل في المسائل التي لا يأذن الدستور للسلطة التشريعية باتخـــاذ قـــرار فيــها، أو يمنعها عنها، أن تعتبر محظورة عليها([1]).

رابعا: أن ما يندرج ضمنا في إطار اختصاص عام، يكون واقعا في حدوده. فاختصـــــاص السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق على اختلافها وبفرض المكوس وتقرير قواعد الإنفـــاق العـــام،

([1]) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

واقتراض النقود وصكها، وتنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، ووضع قواعد موحدة في شأن الجنسية والتفالس، وضمان تقدم الدولة في بحوثها العلمية والعمل على تشجيعها ودعم الفنون المفيدة، كل ذلك وغيره يكون واقعا في إطار الاختصاص العام للسلطة التشريعية بإقرار القوانين التي تتصل بالحياة اليومية لمواطنيها وتكفل رخاءهم، وتحقيق الآمال التي يتطلعون إليها.

خامسا: تعتبر السلطة مندرجة ضمنا في إطار الاختصاص العام، ولو لم تكن ضرورية لمباشرة هذا الاختصاص Necessary، وإنما يكفيها أن تكون ملائمة Convenient لتحقيق الأغراض التي يتوخاها.

سادسا: تتناول السلطة الواقعة ضمنا في إطار اختصاص عام مقرر بنص في الدستور، كافة الوسائل التي ترتبط عقلا بتحقيق الأغراض التي يستهدفها الاختصاص العام، وبما لا يخل بالحدود الخارجية لهذا الاختصاص؛ وإلا صار الاختصاص العام لغوا Nugatory.

ذلك أن مباشرة السلطة لولايتها إما أن تكون انحرافا عنها أو تقيدا بضوابطها. وهي تباشر ولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، إما بتوليها الأعمال التي حصر الدستور اختصاصها فيها؛ وإما بتصديها لكل المسائل التي تشتق عملا من اختصاصها المحدد حصرا، بما يربطها به بعلاقة منطقية The Derivative Exercise of an Enumerated power فلا تشكل النصوص المحددة للاختصاص تحديد حصر، مع الوسائل المؤدية عملا إليها، غير وحدة عضوية لا تنفصم أجزاؤها.

سابعا: أن كل تفويض يتقيد بالضوابط ذاتها التى تتقيد بها السلطة التشريعية فى مجال مباشرتها لولايتها.

ذلك أن هذه السلطة لا يسعها أن تنقل لغيرها إلا الحقوق التى تملكها The legislative power can give away only what is its to give.

فما حظره الدستور على السلطة التشريعية ذاتها يقيد من يتلقى التفويض منها. وإذ كان لا يجوز لهذه السلطة أن تنظم الحقوق بما يناقض جوهرها، وكان لا يجوز لها كذلك طبقا للدستور أن تفصل النصوص القانونية التى أقرتها، عن الأغراض التى توختها من إقرارها؛ فإن الذين يباشرون التفويض يتقيدون بهذه الضوابط ذاتها. ولا يجوز فى التفويض الصادر عن السلطة

التشريعية الاتحادية، فى الدول الفيدرالية، أن يصل مداه إلى حد الإحلال باختصاص تشريعى مقرر لولاياتها طبقا للدستور(١).

❖

تلك هي القواعد التي تحكم ولاية السلطة التشريعية. وعلي ضوئها يمكن القول بأن كل اختصاص مخول للسلطة التشريعية بنص في الدستور، يفيد ضمنا سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص بما يكفل تحقيق الأغراض التي يتوخاها(٢).

A constitutionally – granted congressional power, implies a power to delegate authority under it sufficient to effect its purposes

المطلب الثاني
صور التفويض

٣٩٤- ويتخذ التفويض عادة صورتين:

ففي إحداهما يتخذ التفويض صور تقرير قواعد قانونية تكتمل بها ملامح قانون قائم ليظهر فى صورته النهائية.

وفى هذه الحالة يقتصر البرلمان على تحديد الخطوط الرئيسية لموضوع معين، تاركا إلى الجهة التى يعينها الاختصاص بملء الفراغ فيها To fill the details. كتخويل رئيس الجمهورية سلطة زيادة التعريفة الجمركية أو خفضها وفقا للقانون، وكتخويل المحكمة العليا في بلد ما أن تعدل بعض القواعد الإجرائية التي تلتزمها المحاكم الأدنى منها.

وكثيرا ما يحدد القانون الجنائي الإطار العام للجريمة، ويفوض السلطة التنفيذية في تقرير جوانبها الأخرى التي لم يتناولها القانون بالتنظيم.

---

(١) Laurence H. Tribe. American constitutional law. second edition. p. 362.
(٢) Lichter v United States. 33 U.S. 742. 778 (1948).

وقد يفوض القانون وزير الخزانة في تقرير الحد الأدنى من الخصائص النوعية، ودرجة النقاء التي يجب توافرها في السلع الأجنبية المستوردة([1]).

وفي الصورة الثانية، تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في سلطة إحياء نصوص قانونية، أو وقفها أو تعديلها، بناء على تغيير تقدر هذه الجهة طروءه على العناصر الواقعية التي تقوم عليها هذه النصوص([2]) Contingent legislation.

ويدخل في ذلك أن تقر السلطة التشريعية قانونا، وتعلق تطبيقه على تحقق رئيس الجمهورية من واقعة بذاتها، كأن تعلق تنفيذ قانون صدر عنها يكفل حرية التجارة بين بلدها والدول الأجنبية؛ على أن يكون تبادل التجارة فيما بينها، مقصورا على الدول الأجنبية التي تصون حقوق الإنسان، أو التي لا تعاديها، أو تناهض مصالحها من وجه آخر.

ومن ذلك أيضا تخويل رئيس الجمهورية فرض قيود على تبادل التجارة مع الدول التي تخل بحرية تدفقها، من خلال المكوس الباهظة التي تفرضها على السلع التي تستوردها بلده([3]).

ولأن التفويض في السلطة لا يجوز أن يجاوز حدود الاختصاص المقرر للسلطة الأصيلة التي صدر التفويض عنها، فإن التفويض يتقيد بالضرورة بالضوابط التي فرضها الدستور على الاختصاص الأصيل.

فإذا كان الدستور قد احتجز مسائل بذواتها لغير السلطة التشريعية أو منعها من تنظيمها، فإن تفويض السلطة التشريعية فيها يكون محظورا. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة أن تفوض ولاية في إدارة الشئون الخارجية، ولا أن تخولها الحق في أن تصوغ القوانين المركزية التي تنظم الجدية([4]).

([1]) Wayman v.Southard, 23 U.S.,10 Wheet (23 U.S) 1,14 (1825); Buttfield v. Stranaham, 192 U.S. 470 (1904).

([2]) United States v. Rock Royal Co- op., Inc, 307 U.S. 533 (1939).

([3]) Field v. Clark 143 U.S. 649 (1892); Lichter v. United States , 334 U.S. 742, 778-779 (1948); The brig Aurora, 11 U.S (7 Cranch) 382 (1813).

([4]) Zschering v. Miller, 389 U.S. 443 (1968).

وقد يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولى بنفسها تنظيم مسائل حددهـا، فـلا يكـون التفويض فيها جائزا Non-delegable issues. ومن ذلك أن الدستور قد يخول رئيس الجمـهورية حق إبرام المعاهدات في حدود توجيهات السلطة التشريعية وبموافقتها. ولا يجوز بالتـالي لـهذه السلطة -ولو بأغلبية خاصة- أن تشكل لجنة من خارجها تعهد إليها بأمر الموافقة على أية معاهدة دولية يبرمها رئيس الجمهورية أو الاعتراض عليها(1).

وقد يكون حق اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة أو بالإخلال الجسيم بواجبـات وظيفتـه، مقصورا على السلطة التشريعية أو على أحد مجلسيها. فلا تكون هذه السلطة أو هذا المجلـس، غير الجهة الوحيدة التي تتولى هذا الاختصاص بلا تفويض(٢).

وفضلا عن المسائل التي ألزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولاها بنفسـها، كفرضـها لضريبة عامة وفقا لنص المادة ١١٩ من الدستور القائم في جمهورية مصر العربية، فـإن مـن المحظور على هذه السلطة أن تنقل ولايتها التشريعية بأكملها إلى جهة أخـرى The legislative power as a whole، حتى لا يكون موقفها من الوظيفة التي اختصها الدستور بها، تسلبا نـهائيا منها بتفويض غيرها في ممارستها Non-transferable delegation.

كذلك لا يجوز للجهة التي فوضتها السلطة التشريعية في مباشرة اختصـاص معيـن، أن تنظر إلى هذا التفويض باعتباره منصرفا إلي سلطة موازية للسلطة التشريعية، يتكافأ به مركزهـا معها. ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، تتقيد بالضرورة بنطاق المسائل التي فوضتـها السـلطة التشريعية فيها، وبالأغراض التي كلفتها بتحقيقها. فلا تتخذ من الوسائل لضمانها، غير تلك التـي ترتبط عقلا بها.

ومن ثم لا تتوافر للجهة المتلقية للتفويض منها، الحرية ذاتـها التـي تملكـها السـلطة التشريعية ، والتى تخولها النظر فى كافة الأغراض التى يجوز أن تستهدفها فى إطـار ولايتـها. وإنما يتعين أن تقيد الجهة المتلقية للتفويض نفسها بتلك الأغراض التى ترتبط بالمهام التى كلفتـها السلطة التشريعية بتحقيقها. بما مؤداه أن للسـلطة التشـريعية -دون الجهـة التـى فوضتـها- خياراتها المفتوحة فى مجال تقدير الأغراض التـى يجـوز أن تسـتهدفها The open- ended discretion to choose ends.

---

(1), (2) Laurence H. Tribe, ibid, pp. 362- 363.

فالجهة التي تفوضها السلطة التشريعية في تنظيم أوضاع العمل في صناعة معينة، لا يجوز أن تقرر حرمان غير المواطنين العاملين فيها، من تقلد بعض المهام المدنية بها؛ ولو بادعائها أن لهذه المهام حساسيتها التى تقتضى قصرها على المواطنين. إذ ليس للجهة المتلقية للتفويض ثمة اختصاص فى مجال إدارة الشئون الخارجية، ولا فى عقد معاهدة دولية أو التفاوض عليها، ولا فى تنظيم شئون الهجرة أو شروط تلقي الجنسية وكسبها. وإنما يقتصر التفويض الممنوح لها على مجرد تقرير وتنفيذ الشروط والأوضاع الأفضل لأداء العمل في صناعة بذاتها([1]).

وبوجه عام، ترتد القيود على التفويض الصادر عن السلطة التشريعية، في أساسها، إلى ما يتطلبه الدستور ضمنا في الحكومة، من قبول الجماهير لتصرفاتها، وتوافقها مع القانون في معناه العام([2]) Consentual government under law. ذلك أن الحكومة بأفرعها التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا تباشر إلا سلطة مسئولة من الناحيتين السياسية والقانونية. ومن الناحية الدستورية، يفترض تعاون السلطة التشريعية مع غيرها من الأفرع، أن تكون خياراتها نابعة من قبول المواطنين لتصرفاتها كأساس وحيد لتدخل السلطة التشريعية المنتخبة في شئونهم، وتصريفها لها.

ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة، ولا للهيئة التي تفوضها في مباشرة بعض اختصاصها، أن تتخذ إجراء أو تدبيرا، ولا أن تقوم بعمل، ما لم يكن واقعا أصلا في نطاق ولاية السلطة التشريعية التي حدد الدستور تخومها.

وعلى هذه السلطة، وقبل إقرارها لتفويض أيا كان مداه، أن تعلن أولا عن سياستها في موضوع معين؛ وأن تحدد بعد ذلك الشروط والأوضاع التي يكفل التفويض من خلالها تنفيذ هذه السياسة وتحقيقها([3]).

وتلك هي القواعد التوجيهية التي لا يجوز للهيئة المتلقية للتفويض من السلطة التشريعية، أن تتحلل منها في ممارستها للتفويض الصادر لها.

([1]) Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976).

([2]) Laurence H. Tribe, ibid, pp. 364.

([3]) Opp Cotton Mills, Inc v. Administrator, 312 U.S. 126, 144 (1941); See Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

ذلك أن دستورية الأعمال والتدابير التي تتخذها الهيئة المتلقية للتفويض، مناطها أن يصدر بالتفويض قانون عن السلطة التشريعية؛ وأن تكون الأعمال أو التدابير المفوض فيها، داخلة أصلا في اختصاصها؛ وألا يتناول التفويض مسائل ألزمها الدستور بأن تستقل بتصريفها Non-delegable power.

وكلما كان نطاق التفويض منبهما، أو كانت ضوابط تحديد عناصره ومستوياتها، عريضة في اتساعها، كان التفويض غير مقبول سياسيا ودستوريا. ذلك أن السياسة التي تختطها السلطة التشريعية لنفسها، هي التي تحاسبها هيئة الناخبين عنها. فإذا كان التفويض غامضا في حدوده، أو عريضا في أبعاده، دل ذلك على تخليها عن جزء من ولايتها لجهة لا تكون مسئوليتها أمام هيئة الناخبين في الحدود ذاتها التي تقتضيها هذه الهيئة من السلطة التشريعية نفسها.

فلا تفرض هيئة الناخبين رقابتها المباشرة على هذه الجهة بما يطلق تصرفاتها من عقالها، ويحول دون ضبطها أو مساءلتها عنها. ولا يعدو ذلك أن يكون إسرافا من السلطة التشريعية في مجال التفويض، غير جائز من الناحية الدستورية.

ويفصل قضاة الشرعية الدستورية، فيما إذا كان الاختصاص المفوض فيه داخلا أصلا فى ولاية السلطة التشريعية؛ وما إذا كان التفويض قد تناول مسائل يجوز التفويض فيها؛ وما إذا كان

منطويا على معايير وضوابط توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض عنها فيما يتعين عليهم أن يفعلوه؛ وما إذا كان التدبير أو الإجراء الصادر عنهم واقعا فى حدود التفويض؛ وما إذا كانت الوسائل التى اختاروها فى مجال مباشرة السلطة التى فوضوا فيها، ملائمة فى غير تجاوز. وليس بشرط أن تكون المعايير والضوابط التى توجه بها السلطة التشريعية الذين تلقوا التفويض منها، جلية قاطعة حدودها، وإنما يكفى أن يكون بالإمكان فهمها([1]).

فإذا أحاط الغموض بها، صار التفويض منبهما لا تقتصر مضاره على تنحية هيئة الناخبين عن مباشرة رقابتها على الهيئة المتلقية للتفويض، وإنما تتحقق هذه المضار كذلك من زاوية تخلى

([1]) American Power and light Co. v.SEC, 329 U.S. 90 (1946).

السلطة التشريعية عن تقرير خياراتها في مسائل بالغة الأهمية تكتنفها محاذير كبيرة، إلى الجهة التي فوضتها بدلا عنها في اتخاذ قراراتها بشأنها.

وهي جهة تنغلق على نفسها في الأعم من الأحوال، ولا تؤثر الإرادة الشعبية في توجهاتها. وليس لهؤلاء الذين يتصل التفويض بمصالحهم المباشرة، من أثر على تحديدهـا للبدائل التي تفاضل بينها.

وشأن التفويض الغامض، شأن التفويض المنفرط Broad delegations of power، كلاهما غير مقبول. ذلك أن التفويض فى الصورة الثانية يجعل السلطة التشريعية مسئولة عن أعمال ليس لها سيطرة عليها، هى تلك الصادرة عن الجهة المتلقية لتفويض شديد الاتساع. إذ يخولها هذا التفويض أن تحدد بنفسها معايير مناهجها وطرائقها فى العمل. وقد يكون التفويض المنفرط مجرد قناع تتستر السلطة التشريعية وراءه حتى يتحمل آخرون عنها مسئولية أعمال خطرة لا تريد أن تواجهها، بما يقلص من فرص اتخاذ قرار وفق أسس موضوعية في المسائل التي اتصل التفويض بها؛ وينال كذلك من حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية. وهو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية، على أن تفسر قانون التفويض فى حدود ضيقة، وأن تبطل قانون التفويض كلما تعذر عليها توفيق أحكامه مع الدستور([1]).

وكلما كان التفويض، لا ينال بصورة ظاهرة من حقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلها الدستور، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتسامح غالبا في تخلى السلطة التشريعية -من خلال التفويض- عن بعض مظاهر ولايتها، أو أجزاء من مسئوليتها.

وكثيرا ما تتخذ جهة الرقابة من القيود التي فرضتها الهيئة المتلقية للتفويض على نفسها -في مجال تطبيقها لشروطه وفهمها لمحتواه- أساسا لتحديد مضمون التفويض ومداه؛ ومن الضوابط التي حددتها هذه الهيئة لتنفيذ السياسة التي فوضتها السلطة التشريعية في تحقيقها، صمام أمن يحول دون تحكمها في استخدام السلطة التي تعلق التفويض بها([2]).

([1]) Greene v McElroy , 360 U.S. 474,507 (1959).

([2]) United States v. Rock Royal Co-op-., Inc,307 U.S. 533,577 (1939).

ولا يعني ذلك، أن تتسلب جهة الرقابة على الدستورية من مراجعتها لحدود التفويض ولضرورة تعيين المسائل التي يشملها بما يحول دون التجهيل بها. بل ربما كان تحفظها على كل تفويض عريض في مداه، أو غامض في معناه، هو القاعدة التي لا تفريط فيها.

ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، يستحيل القول بتساويها مع السلطة التشريعية التي تراقبها هيئة الناخبين وتسائلها عن أعمالها وتصرفاتها؛ ولا أن تفترض دستورية التدابير التى تتخذها مثلما تفترض دستورية النصوص القانونية التى أقرتها السلطة التشريعية المنتخبة.

ومن غير الجائز بالتالي أن تفترض مشروعية التفويض، أو الضوابط التي يقوم عليها، إذ هو استثناء من أصل اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي يتناولها.

وصح القول بالتالي بأن مناط مشروعية التدابير التي تتخذها الجهة المتلقية للتفويض، هو إنصافها، وإيلاؤها الاعتبار لكافة المصالح المتصلة بموضوع التفويض، وبافتراض أن التفويض -في مصدره وأبعاده- لا يناقض الدستور.

ولا كذلك أن تتخلى السلطة التشريعية من خلال التفويض الصادر عنها عن قراراتها الصعبة فيما هو هام من شئونها، وإن دل العمل على اتساع التفويض الصادر عنها فى المجال الدولى بما يخول رئيس الجمهورية سلطة تقدير يتحرر بها من كثير من القيود التنظيمية التى تحد عادة من حركته فى النطاق الداخلى([1]).

ويبطل التفويض كذلك إذا كانت الجهة المتلقية للتفويض من أشخاص القانون الخاص كجماعة دينية. ذلك أن السلطة التشريعية لا يجوز أن تتخلى عن موازينها التقديرية إلى جهة خاصة تتقاسمها معها. بل إن النظرة العدائية التي تحملها جهة الرقابة على الدستورية لمثل هذا التفويض، تمثل موقفا ثابتا لها؛ وهو ما يتحقق على الأخص من خلال تفويض منظمة خاصة فى أن تتخذ تدابير لها قوة القانون تنظم بها أوضاع صناعة بعينها. ذلك أن الدساتير لا تسلط الناس بعضهم على بعض، وعلى الأخص فى مجال يتنافسون فيه. وصدور تفويض من السلطة

([1]) United States v. Curtiss- Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

التشريعية فى هذا الاتجاه، مؤداه تخلى السلطة التشريعية عن واجباتها وامتيازاتها([1]) ولا يجـوز تمشيا مع ذلك الاتجاه أن تقاسم جمعية دينية، السـلطة التشـريعية فـى اختصاصاتـها الهامـة والتقديرية([2]).

٣٩٥- وفي مصر ينظم دستورها الصادر في ١٩٧١ صورتين مـن صـور التفويـض: إحداهما: هي التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. وهذه يحكمها نص المـادة ١٠٨ من الدستور.

وثانيتهما: تفويض خاص، لا يتقيد بالضرورة، ولا بالأحوال الاستثنائية، وإنما هو تفويـض في أوضاع طبيعية، يتوخى أصلا استكمال نظم قانونية قائمة. ومن ثم تباشـر الجهـة المتلقيـة للتفويض سلطتها في حدود قانون، فلا تكمل إلا أحكامه.

وهذه الصورة الثانية من التفويض لها مثالان واضحان، همـا المادتـان ٦٦و١١٩ مـن الدستور.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

الفرع الأول

التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية

٣٩٦-هذه الصورة من التفويض هي التي تنص عليها المادة ١٠٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويـض يصـدر عـن

([1]) A.L.A. Schechter Paultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 537 (1935).

([2]) وقد حكم ببطلان التفويض الصادر لكل كنيسة والذي يخولها أن تمنع إصدار تراخيص بتداول الخمور داخـل دائرة قطرها ٥٠٠ متر من موقع الكنيسة.(1982) Larkin v. Grendel's Den Inc., 459 U.S. 116

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية رفضت الإدعاء بعدم دستورية تفويـض صـادر إلـى القبائل الهندية يخولها -فى نطاق أقاليمها- تنظيم بيع الكحول فيها. وكان رفض هذه المحكمة للطعـن علـى هذا التفويض، راجعا إلى أن القبائل الهندية تجمعات منفردة تحوز بعض مظـاهر السـيادة علـى أعضائـها وأقاليمها، ولا يجوز بالتالى مساواتها بالتنظيمات الخاصة.

United States v. Mazurie, 419 U.S. 544 (1975).

السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، بشرط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأسس التي تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولم توافق هذه السلطة عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٧- ذلك هو نص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو يخول رئيس الجمهورية دون غيره، سلطة استثنائية قيدها الدستور بشروط صارمة تحيط بها، حتى لا يباشر رئيس الجمهورية هذه السلطة انحرافا بها عن مضمونها وأهدافها؛ خاصة وأن مباشرته لهذه السلطة، لازمها -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا الأسبق من المحكمة الدستورية العليا- نقل الاختصاص التشريعي كاملا من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في نطاق المسائل التي فوض فيها، ليمارس صلاحياتها في خصوص ما فوض فيه([1]) بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون([2]).

وتقرر المحكمة العليا كذلك أن هذا التفويض لا يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابتها. وسندها في ذلك أن مباشرة رئيس الجمهورية لهذا التفويض، إنما يتم وفق الشروط والضوابط التي حددها الدستور، وإلا كان مخالفا لأحكامه([3]).فضلا عن أن هذا التفويض، لا يفيد إعفاء رئيس الجمهورية من الخضوع للقانون([4]).

([1]) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١ لسنة ٢ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من نوفمبر ١٩٧٣- قاعدة رقم ١٣ -ص١٢٣ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية عن المحكمة العليا- ١٩٧٠-١٩٧٦.

([2]) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية"-جلسة ٢ من أبريل ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٩ -ص٤٥٧ من المرجع السابق.

([3]) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٥ أبريل١٩٧٥- قاعدة رقم ٢٦ -ص ٢٥٩-٢٦٠ من المرجع السابق.

([4]) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٦مارس ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٢ -ص ٣٥١ من المرجع السابق.

٣٩٨- ونص المادة ١٠٨ من الدستور القائم يفترض أولا: أن يصدر التفويض لرئيس الجمهورية؛ وثانيا: أن يكون هذا التفويض واقعا عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية؛ وثالثا: أن تكون المسائل التي يتعلق التفويض بها، محددة في موضوعها، وفي الأسس التي تقوم عليها؛ ورابعا: أن يكون لهذا التفويض مجال زمني لا يتعداه؛ وخامسا: أن يعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، ما اتخذه من تدابير وفق قانون التفويض وذلك بمجرد انتهاء مدة التفويض، وفي أول جلسة لها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٩- تلك هي الخطوط الإجمالية للتفويض المخول لرئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور.

ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولا: أنها تشترط لجواز التفويض المقرر بها، أن يصدر لرئيس الجمهورية. ولا يجوز بالتالي أن يعهد به لغيره من أعضاء السلطة التنفيذية أو أجهزتها.

ثانيا: أن هذا التفويض مقيد بالضرورة وبالأحوال الاستثنائية. ولا تدل الأعمال التحضيرية للدستور، ولا أية وثيقة قارنتها أو تقدمتها، على المقصود بكل من الضرورة وبالأحوال الاستثنائية. وهما واقعتان ماديتان يفترض أنهما لا تختلطان، وإن تعذر ضبط الفواصل بينهما بما يحجزهما عن بعض.

ولا يتصور بالتالى إلا أن الدستور أراد تجسيم الأوضاع الظرفية التى يصدر التفويض بمناسبتها. ذلك أن الضرورة تتسم دائما بأمرين: أولهما: إحداق المخاطر التى تقارنها، ثانيهما: أنها حالة عارضة تنافى الأصل فى الأشياء. وهى بذلك استثنائية فى خصائصها وطروئها. ومن ثم تندرج تحتها كافة الأحوال الاستثنائية التى تحمل معها هذا النوع من المخاطر. بما مؤداه أن ما قصد الدستور إلى ضمانه من خلال شرطى الضرورة والأحوال الاستثنائية هو أن يرتبط التفويض بأكثر أشكال الضرورة عمقا، وخطرا، وحدة، فلا تكون الضرورة التي قصدها الدستور بنص المادة ١٠٨، غير الضرورة الاستثنائية التي تحيط بأوضاع بذواتها، يتوخى التفويض مواجهتها أو التحوط لدرئها، وأنها تستغرق بالتالي كافة الأحوال الاستثنائية التى هى من جنسها، فلا تكون هذه وصفا مضافا إلى الضرورة مستقلا عنها، بل مندرجا تحتها ومشمولا بها.

وما نراه أن ما توخاه الدستور من تعليق جواز التفويض على توافر الضرورة والأحوال الاستثنائية، أن هذين الوصفين -حتى وإن قيل بتداخلهما- إلا أنهما يعبران عن اتجاه قصد الدستور إلى توكيده، هو ألا تنزل السلطة التشريعية عن بعض مظاهر ولايتها إلى رئيس الجمهورية، إلا إذا حملتها على هذا التفويض أوضاع استثنائية من طبيعة قاهرة Exceptional situations of compelling nature تتسم بحدتها وبعدم ثباتها، وتعذر التنبؤ سلفا -بالتالي- بأحوالها وظروفها ومتغيراتها، مما يقتضى مواجهة صورها المختلفة بتدابير تلائمها لها من مرونتها وفاعليتها ما يكفل رد المخاطر التى تقارنها أو على الأقل التقليل من شدتها.

وبالتالى لا تتخلى السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية عن بعض مظاهر ولايتها حتى تزن هذه الأوضاع القاهرة في حدتها، والمتغيرة في أشكالها، بما يناسبها. فلا تكون الضرورة والأحوال الاستثنائية بالتالي غير وصفين لسلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية في أدق الأوضاع، وأكثرها خطرا في نوعها، ودرجة إحداقها.

ثالثا: أن التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور، يجوز أن يتناول كافة المسائل التي تدخل أصلا في اختصاص السلطة التشريعية، عدا تلك التي نص الدستور على أن تستقل هذه السلطة بنفسها باتخاذ قرار فيها، بالنظر إلى أهميتها واتصالها المباشر بمصالح مواطنيها، أو بالسياسة التي اخطتها لنفسها في تحقيق هذه المصالح وضمانها. ويبطل التفويض بالتالى إذا تعلق بأكثر مهام السلطة التشريعية خطرا وأشدها أهمية، كاتصال التفويض بتنظيم الجوانب الأساسية لحقوق المواطنين وحرياتهم.

وليس كافيا بالتالي ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من ضرورة أن تعين السلطة التشريعية موضوع التفويض، ذلك أن كل تفويض ينحل إلى سلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية فيما ينبغي أن تتولاه السلطة التشريعية أصلا من مهامها، وما لا يجوز لها التفريط فيه من جوانب مسئولياتها، يكون مجاوزا ضوابط الدستور.

رابعا: أن لكل تفويض مدة لا يجوز أن يجاوزها. وهى لا تكون كذلك بناء على مجرد تحديد المشرع للواقعة التى يبدأ منها جريانها، وتلك التى تزول بتحققها. ذلك أن مدة التفويض الجائزة وفقا للدستور، إنما تتحدد بقدر الضرورة الاستثنائية التى صدر التفويض لمواجهتها، ليزول التفويض بزوال هذه الضرورة. كذلك لا يجوز أن تتداخل مدد التفويض -حتى مع قصر

كل منها- لتتحول فى مجموعها إلى مدد تتصل حلقاتها ويستطيل زمنها. وهو ما يتحقق من خلال موافقة السلطة التشريعية على قانون تفويض جديد يتناول المسائل عينها قبل انتهاء مدة التفويض الأول بأيام، أو في اليوم التالي مباشرة لانتهاء مدة التفويض الأول.

ذلك أن تداخل مدد التفويض مع بعضها، أو تعاقبها في الزمان، مؤداه أن ينبسط زمن التفويض إلى غير حد، وأن يتراخى بالتالي عرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية. ويتعين أن يعامل هذا التفويض بالتالى باعتباره غير معين المدة، وباطلا.

خامسا: أن التزام رئيس الجمهورية بأن يعرض على السلطة التشريعية فور انتهاء مدة التفويض، التدابير التي اتخذها أثناءه، يفترض أن تدير هذه السلطة حوارا حقيقيا حول طبيعة هذه التدابير، وضرورتها، ونطاقها ،ومناسبتها للأوضاع الاستثنائية الملحة التي واجهتها.

ذلك أن تخويل رئيس الجمهورية الاختصاص بالتفويض وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور لا يجوز أن ينحل إلى سلطة مطلقة يباشرها دون قيد. وإنما تتحدد مشروعية التدابير التي اتخذها، على ضوء الأوضاع التى لا بستها، وبقدر حدتها، وإلا صار التدبير مجردا من سببه، وباطلا.

سادسا: أن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الموضوع محل التفويض، ينبغي أن تكون قاطعة فى وضوحها. ذلك أن هذه الأسس هى المعايير التى تلتزمها السلطة المتلقية للتفويض فيما تفعل. فإذا خلا قانون التفويض منها، أو جهل المشرع بها، بطل التفويض. ذلك أن انتفاء هذه المعايير أو غموضها، مفض إلى إطلاق سلطة التفويض، فلا تحكمها ضوابط توجهها وتقيدها.

سابعا: أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا للتفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، لها قوة القانون، وقوتها هذه تخول رئيس الجمهورية أن يعدل قوانين قائمة، وأن يلغيها، وأن ينظم كل الحقوق التي يشملها موضوع التفويض أيا كان نوعها.

وشرط ذلك ألا ينقض تنظيمه لهذه الحقوق أية ضمانة كفلها الدستور لها، أو ينتقصها من أطرافها.

ذلك أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لهذه المادة -ولو تطلبتها أوضاع استثنائية- لا يجوز أن تخل بنصوص الدستور. وإنما تكون هذه النصوص قيدا عليها، فذلك وحده هو الضمان لخضوع هذه التدابير للقانون، والدستور في مدارجه الأعلى.

ثامنا: حدد الدستور حالتين تزول فيهما قوة القانون التي كانت للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٠٨ المشار إليها هما: إذ لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا عرضها على هذه السلطة ولكنها لم تقرها.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن نص المادة ١٠٨ من الدستور لم ينص على زوال قوة القانون التي كانت لهذه التدابير بأثر رجعي يرتد إلى لحظة اتخاذها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية فى أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا قد عرضها عليها ولكنها لم تقرها. بيد أن قوة القانون التى كانت لهذه التدابير لا تزول عنها -فى إحدى هاتين الحالتين- بأثر رجعى. وذلك خلافا لنص المادة ١٤٧ من الدستور التى تتعلق بلوائح الضرورة والتى تزول الآثار التى رتبتها بأثر رجعى يرتد إلى لحظة إصدارها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولكنها لم تقرها، وذلك ما لم تقرر السلطة التشريعية اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة، أو تسوية الآثار المترتبة عليها بوجه آخر.

وهذه المغايرة فى الحكم بين كل من نص المادة ١٠٨ و١٤٧ من الدستور، غير مفهومة. ذلك أن صدور قانون التفويض عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثى أعضائها، يفترض تقيدها بالشروط التى فرضتها المادة ١٠٨ من الدستور لجوازه. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية التدابير التى اتخذها إعمالا لقانون التفويض، أبان ذلك ضمنا عن مخالفتها للدستور ولقانون التفويض.
ويفترض بالتالي أن رئيس الجمهورية تستر وراء عدم عرضها حتى لا يكشفها ومن ثم كان يتعين أن تزول هذه التدابير بأثر رجعى، هى وقانون التفويض، إذا كان قد أقر بالمخالفة للدستور. كذلك فإن عدم إقرار السلطة التشريعية للتدابير التى أمر بها أو قررها رئيس الجمهورية وفقا لقانون التفويض، مؤداه مجاوزة رئيس الجمهورية حدود التفويض -وبافتراض صحة القانون الصادر به- ليسم البطلان هذه التدابير منذ العمل بها. ولكن نص المادة ١٠٨ من الدستور آثر أن يتخذ موقفا مختلفا، فلم يبطل بأثر رجعى قوة القانون التى كانت لهذه التدابير، ولم يخول السلطة

التشريعية حق اعتماد آثارها في الفترة السابقة على عرضها عليها، أو تسوية الآثار التي رتبتها على نحو آخر.

وفي ذلك إغراء للرئيس بأن يتخذ تدابير مخالفة للدستور ولقانون التفويض، وأن تظل لها قوتها كقانون طول الفترة السابقة على عدم عرضها على السلطة التشريعية، أو على رفضها لها.

وأيا كان الأمر فإن بقاء قوة القانون لتلك التدابير في الفترة السابقة المشار إليها، لا يطهرها من عوار مخالفتها للدستور، ولا يدخلها في زمرة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بنفسها وفق نص المادة ٨٦ من الدستور.

٤٠٠- وينبغي أن يلاحظ في شأن نص المادة ١٠٨ من الدستور:

أولا: أن تحديد قانون التفويض للمسائل المفوض فيها، يفترض امتناع التجهيل بها وكذلك حظر كل تجديد لها يخل بوحدة موضوعها.

ثانيا: أن لكل تفويض شروطا شكلية تمثل الحدود الخارجية للتفويض وشروطا موضوعية تبلور حدوده الداخلية. وتنحصر الشروط الشكلية للتفويض في أن يصدر عن السلطة التشريعية بقانون يقره ثلثا أعضائها. وأن يعرض رئيس الجمهورية عليها -و بمجرد انتهاء مدة التفويض- التدابير التي كان قد اتخذها أثناءه.

ولا كذلك شروطه الموضوعية التي تتعلق بالضرورة الاستثنائية التي تبرره، وبنطاق المسائل التي يتناولها وأسس تنظيمها، والآجال التي يباشر رئيس الجمهورية خلالها السلطة التي فوض فيها.

ثالثا: أن الرقابة التي تباشرها السلطة التشريعية بعد انتهاء مدة التفويض على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية تنفيذا لأحكامه، هي رقابة ملائمة محلها انسجام هذه التدابير مع الأوضاع التي واجهتها بما يدل على تناسبها معها. وهي كذلك رقابة موضوعية غايتها التحقق من موافقة التدابير أو مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. وهي في صورتيها هاتين، رقابة سياسية لاحقة محلها التدابير بعد العمل بها وتطبيقها.

رابعا: أن مدة التفويض تمثل أخطر عناصره فى مجال التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. ذلك أن انفراط هذه المدة وفرطحتها، مؤداه اتساعها وأن يستطيل زمن سريان هذه التدابير الاستثنائية فى طبيعتها. وفى ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين وحرياتهم([1]). فإذا جهل قانون التفويض بالمدة التى يباشر خلالها، أو حددها على نحو مرن يحتمل أكثر من تأويل، دل ذلك على إخلال السلطة التشريعية بواجباتها، من خلال نقلها -بصورة لا اعتدال فيها- جانبا من ولايتها إلى رئيس الجمهورية([2]).

خامسا: أن قانون التفويض يخول رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة استثنائية لا تدخل أصلا فى ولاية السلطة التنفيذية. ويتعين بالتالى أن يمارسها فى الحدود الضيقة التى حدد الدستور ملامحها، وأن يتوخى أكبر قدر من الحذر في التدابير التى يتخذها بالنظر إلى خروجها على أصل انفراد السلطة التشريعية بها. ذلك أن الدستور حدد لكل سلطة وظائفها الأصلية، وما تباشره من أعمال لا تندرج تحتها أو تدخل فى إطارها. وإنما تعد استثناء على أصل تعلق نشاطها بالشئون التى توافق طبيعة وظائفها. وقد حصر الدستور الأعمال الاستثنائية التى تخرج بها كل سلطة عن

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ٤ قضائية "دستورية عليا" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥-قاعدة رقم ٢٨-ص٣٠٧ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية. ويلاحظ أن هذه المحكمة كان قد طعن أمامها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ التي تفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية. وقد اعتبرت المحكمة أن لكل تفويض ميعادا معلوما لا يقاس بالضرورة بوحدات قياس الزمن المادية كالشهر والسنة، وإنما يجوز أن تتحدد مدة التفويض على ضوء معيار عام كانتهاء المعركة بين مصر وإسرائيل. وما قررته المحكمة العليا على النحو المتقدم معيب. ذلك أن المقصود بمدة التفويض، هو أن ينحصر في آجال زمنية لا تستطيل مدتها حتى لا يحل رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في المسائل التي فوضته فيها لآجال لا يبدو لها من نهاية في المنظور القريب.

([2]) القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-قاعدة رقم ٢٣-ص٤٢٩ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا

النطاق الطبيعى لوظيفتها. وعليها بالتالى أن تلتزم حدودها الضيقة، وإلا صار نشاطها فيما تجاوز فيه حدود وظيفتها الأصلية، مخالفا للدستور([1]).

سادسا: إذ تقر السلطة التشريعية قانون التفويض، فإن عليها أن تبين الخطوط العريضة التى انطلق التفويض منها، والأغراض النهائية التى قصدتها من التفويض فى إطـــار السياســـة التـــى تتوخى تنفيذها من خلاله.

ذلك أن هذا التحديد -بعناصره المختلفة- يقدم لرئيس الجمهورية عونا كافيا يبصر به حقيقة المهام التى كلفه التفويض بتنفيذها.

سابعا: لا يعتبر رئيس الجمهورية فى تنفيذه لقانون التفويض نائبا عن السلطة التشـــريعية، ولا يحل محلها فيما يتخذه من التدابير تطبيقا لأحكامه.

ثامنا: الأصل فى التفويض بالاختصاص، أن يكون مباشر الأثر. بما مؤداه حظر ســـريان التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لأحكامه بأثر رجعى يرتد إلى لحظة سابقة على الأمر بها، بالنظر إلى القيود التى تفرضها هذه التدابير على الحرية والملكية.

الفرع الثاني

التفويض في غير الضرورة الاستثنائية

٤٠١- وفضلا عن التفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو نص عـــام فـــى مجال التفويض مقيد بالضرورة الاستثنائية، ولا يتلقى التفويض طبقـــا لأحكامـــه غـــير رئيـــس الجمهورية، ولا يصدر قانون التفويض وفقا لنص هذه المادة إذا لم تقره السلطة التشريعية بأغلبية ثلثى أعضائها؛ فإن نص المادتين ٦٦ والفقرة ٢/١١٩ من الدستور، يدخلان فى صور التفويـــض الخاص التى لا تتقيد بشروط التفويض المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قـــاعدة رقـــم ٣٥-ص ٣٣٣من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.أنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائيـــة "دستورية " جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-قاعدة رقم ٢٣- ص ٤٢٩ من الجزء٧ من مجموعـــة أحكـــام المحكمـــة الدستورية العليا.

ذلك أن هذا التفويض الخاص يتسم بخصائص محددة هى:

١. أن هذا التفويض الخاص يجوز أن يصدر لرئيس الجمهورية أو لغيره من أعضاء أو أجهزة السلطة التنفيذية.

٢. أن هذا التفويض الخاص لا يصدر عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثى أعضائها، وإنما بالأغلبية المطلقة للحاضرين منهم.

٣. أن السلطة التشريعية لا تتخلى به عن المسائل التى تناولها التفويض، ولكنها تنظم بعض جوانبها على أن تعهد بباقيها للسلطة التى تتلقى التفويض منها وفيما يلى بيان لحكم المادة ٦٦ والمادة ٢/١١٩ من الدستور.

أولا:
نص المادة ٦٦ من الدستور

٤.٠٢- الأصل أن تتولى السلطة التشريعية، وبقانون تقره وفقا للدستور، تحديد كافة الجرائم وبيان عقوباتها. بيد أن نص المادة ٦٦ من الدستور خولها أن تقر قانونا متضمنا أمرين:

أولهما: بيان الخطوط الرئيسية للتجريم فى أحوال بذاتها.

وثانيهما: تفويض السلطة التنفيذية فى استكمال ما نقص من جوانب هذا القانون.

ولا مخالفة فى ذلك للدستور. ذلك أن السلطة التنفيذية لا تبادر من تلقاء نفسها بتحديد بعض ملامح التجريم كمجال محجوز لها، ولكنها تعمل من خلال التفويض فى حدود قانون قائم، بما يجعل دورها تابعا للسلطة التشريعية، ودائرا فى إطار قانون صادر عنها([1]).

وإذ تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عملا بنص المادة ٦٦ من الدستور التي تؤكد ما جرى به العمل من تكليفها بتحديد بعض ملامح الجرائم وعقوباتها في الحدود التي بينها القانون،

([1]) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-القاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

واستهدافا للصالح العام؛ فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من القواعد القانونية في مجـال تطبيـق نص المادة ٦٦ المشار إليها، لا يعتبر من صور التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ مـن الدستور القائم، ولا من قبيل اللوائح التنفيذية التي نظمتها المادة ١٤٤ من هذا الدستور([1]).

ثانيا:
الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور

٤٠٣- كذلك فإن الضريبة العامة وإن كان لا يجوز فرضها إلا بقانون عملا بالفقرة الأولى من المادة ١١٩ من الدستور، فإن فقرتها الثانية تنص على أن غير الضريبة من الأعباء الماليـة، يجوز فرضها في حدود القانون.

ويتعين بالتالى أن تعامل الفقرة الثانية المشار إليها كنص خاص في مجال تطبيقها، لا تتقيد بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غـيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، ولكنـها تخـول السـلطة المتلقيـة للتفويض -ولو لم تكن هى رئيس الجمهورية- حق فرض كافة الأعباء المالية -التى ليـس لـها خصائص الضريبة العامة- على ضوء الشروط والأوضاع التى اتصل التفويض بها وفق القـانون الذى حددها. شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ المشار إليها فى ذلـك، شـأن التفويض المقرر بنص المادة ٦٦ من الدستور؛ كلاهما نص خاص أورده الدستور، متضمنا تقييـد العام، فلا يكون دائرا إلا في إطاره([2]).

ثالثا:
الضابط العام لكل من المادتين ٦٦ و ٢/١١٩ من الدستور

٤٠٤- وإذ تتقيد السلطة التنفيذية دوما فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها -سواء فى ذلك ما تقـره

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ من فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقـم ٨٦- ص ١١٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

([2]) Bowen, Secretary of Health and Human Services v. Georgetown University Hospital. Decided december 12, 1988.

السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها -فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيتها دون سند من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازما إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص.

A statutory grant of legislative rulemaking authority will not, as a general matter, be understood to encompass the power to promulgate retroactive rules unless that power is conveyed by legislator in express terms.

الفصل الرابع والعشرون
شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٤٠٥- وإذ كان إسناد المسائل الدستورية إلى جهة قضائية للفصل فيها، من الأمور بالغة الأهمية في التطور الديموقراطي لنظم الحكم في الدولة؛ فإن تحديد نطاق المسائل الدستورية التي يدخل الفصل فيها في ولاية هذه الجهة، لا يقل أهمية. ذلك أن كثيرين يتوثبون لمعارضة الدولة في سيادتها، ويسعون لمواجهتها على أسس دستورية، في كل قرار أو قانون يصدر عنها. ويتعين بالتالي أن تصوغ جهة الرقابة على الشرعية الدستورية القواعد التي تحدد على ضوئها الأشخاص الذين يحق لهم التداعي أمامها، وبمراعاة أن موقعها من تطبيق هذه القواعد، قد يؤثرون بتطويرها للشرعية الدستورية، أو يدل على الانتكاس بها. ذلك أن الإفراط في تقرير الصور التي تستبعد فيها الخصومة الدستورية من ولايتها، يقبض يدها عن كثير من حالاتها. كذلك، فإن إسرافها في تقرير أحوال قبولها قد يبسط رقابتها إلى حدود بعيدة، وكان منطقيا بالتالي أن توازن الجهة القضائية بين ما ينجم من مضار عن إنكار حق المدعي في الحصول على ترضية قضائية يستحقها([1])، في إطار الخصومة الدستورية التي تختلط ملامحها السياسية بعناصرها القانونية؛ وبين الأضرار التي تنجم عن ضمانها لهذه الترضية في غير موجباتها، لتنحل الخصومة الدستورية في كثير من تطبيقاتها -وبغير نص في القانون- إلى دعوى أصلية بعدم الدستورية.

ولئن جاز القول بأن الرقابة التي تباشرها الجهة القضائية فصلا في دستورية النصوص القانونية، حذرة بطبيعتها، وأن اعتدال حدودها، يقتضيها الامتناع عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها؛ إلا أن القضاء المقارن أقام من خلال هذه القاعدة الكلية، جدارا فصل به بين المسائل الدستورية التي يجوز لجهة الرقابة بحثها، وتلك التي لا يجوز لها أن تخوض فيها. فلم يخول هذه الجهة أن تفصل في مسائل سياسية لا خصومة دستورية تم رفعها إليها قبل الأوان، صار الفصل فيها مجردا من كل فائدة عملية، وكذلك إذا كان أطرافها قد لفقوها بالتدابير والتواطؤ فيما بينهم لتأخذ في ظاهرها وعلى خلاف حقيقتها شكل خصومة حقيقية احتدم النزاع فيما بين أطرافها حال أنها خصومة وهمية اصطنعوها.

([1]) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 [1961].

والحق أن الخصومة فى هذه الفروض جميعها يحيط بها أصل عام مؤداه انتفاء ضرورة الفصل فى المسائل الدستورية المثارة فيها، فلا يكون لهذه الخصومة من ساق يقيمها، وهو ما يتحقق كذلك إذا لم يعد ماثلا فى هذه الخصومة غير خصم واحد (١).

(١) لو أن شخصا قضى بتبرئته من التهمة الجنائية الموجهة إليه، فإن الحكم البات ببراءته يكون قد أخرجه من الدعوى الجنائية، فلا تجوز إعادة محاكمته من جديد، ولو للفصل فى مسائل قانونية. ذلك أن الدعوى الجنائية لن يكون ماثلا فيها غير طرف واحد، هو النيابة العامة. ولن يكون رأى المحكمة فى هذه المسائل القانونية غير رأى استشارى.

United States v. Evans, 213 U.S. 297 (1909).

المبحث الأول
خصائص الخصومة الدستورية

٤٠٦- لا يفصل قضاة الشرعية الدستورية، في غير خصومة يقيمها المدعى وفقا للأوضاع المقررة قانونا. ذلك أن مراجعتهم للنصوص القانونية المطعون عليها لتقرير صحتها أو بطلانها، ليس عملا منفصلا عن الوظيفة القضائية، وإنما يدخل فى صميم بنيانها. ولئن كانت الوظيفة القضائية سلبية بطبيعتها؛ فإن ما يستنهضها ليس مطلق الخصومة القضائية. وإنما هى الخصومة التى يكون عنصر النزاع ماثلا فيها، بما يؤكد تضاد مصالح أطرافها، وتناقضها بصورة حقيقية لا تخيلية Speculative.

وإفراغ هذه المصالح -التي يتجاذبها أطرافها- فى شكل الخصومة القضائية التى يتنافر الخصماء فيها فى موقفهم من الحقوق التى يطلبونها، مؤداه أنهم خصماء حقيقيون يتطاحنون من أجل إثباتها ونفيها، ويتناحرون في الدعائم التي يساند بها كل فريق وجهة النظر التى يقول بها([1]).

فلا يظهر هؤلاء وهؤلاء فى الخصومة الدستورية، إلا غرماء تتضاد مصالحهم Adverse litigants، وتتفرق توجهاتهم، خاصة في المسائل الدستورية التي لا تفصل جهة الرقابة على الدستورية فيها من منظور علوها على السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ ولا من منطلق حق في الاعتراض A veto power مخول لها على مطلق تصرفاتهما؛ ولا بافتراض أنهما مسئولتان أمامها عن أفعالهما، وأنها تقتضيهما حسابا عنها. وإنما تقام الخصومة الدستورية أمامها فصلا في الحقوق التى يقال بأن النصوص القانونية المطعون عليها قد أهدرتها بالمخالفة للدستور.

فلا تكون الخصومة القضائية إلا طريقا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها، ومن خلال تنازع المصالح التي تتعلق هذه المسائل بها.

([1]) شرط تنازع المصالح وتخالفها فى الخصومة الدستورية، من الشروط المسلم بها فى القضاء المقارن.
أنظر فى ذلك:
Smith v.indiana, 191 U.S. 130 (1903); Braxton County Court v.West Virginia, 208 U.S. 192 (1908); United States v. Jahnson, 319 U.S. 302 (1943); Lonnpass v.Bell, 180 U.S 276 (1901).

ولا يجوز بالتالى أن تتجرد الخصومة الدستورية من عنصر النزاع؛ ولا أن يكون الفصل فيها قد صار عقيما؛ ولا أن يكون النزاع مختلقا مدبرا؛ ولا أن تكون حلقاته لم تكتمل؛ ولا أن تتأبى المسائل التى يثيرها نزاع قائم مكتمل العناصر، على الفصل قضائيا فيها.

فكلما قام الدليل على أن دور المدعى في الخصومة الدستورية التي رفعها، كان ضئيلا([1])؛ أو كان قد توهم واقعاتها؛ أو صورها على غير حقيقتها؛ أو كان قد جهل بالمسائل الدستورية موضوعها؛ أو كان من غير المتصور أن تتعلق بها ترضية قضائية أيا كان نوعها أو نطاقها؛ فإن الخصومة الدستورية في هذه الفروض جميعها، لا تتوافر أركانها.

ولا كذلك أن يكون أحد أطرافها -قد تعمد بعد استيفائها لشرائطها المقررة قانونا- أن يطيل أمد النزاع؛ أو أن يكون قد بادر من جهته إلى اتخاذ الخطوة الأولى التي تستنهض الفصل في المسائل الدستورية ([2]).

([1]) United States v. Johnson 319 U.S. 302 (1943).

([2]) Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202, 204 (1958).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن طالبا زنجيا كان مهددا بالقبض عليه لو أنه جلس في المكان المخصص للبيض في إحدى الحافلات. غير أنه قبل مخاطرة القبض عليه، واتخذ -متحديا- مكانا في مقاعد البيض في الحافلة، ليثير الخصومة الدستورية ويحركها.

المبحث الثاني
الخصومة المختلقة بالتدبير والتواطؤ Friendly or Collusive Suits

٤٠٧- والخصومة التي تعنينا في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، هي الخصومة الحقيقية التي لا يصطنعها أطرافها، ختالا بقصد الإيهام بوجود نزاع غير قائم فعلا. فلا يكون موقفهم منها غير تلفيق لها Feigned cases؛ بقصد الفصل فى مسائل تعنيهم([1]) أو لإظهار سخطهم على المشرع لإقراره قانونا لا يرحبون به ولم يجز تطبيقه عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية لا تتصل قانونا إلا بخصومة حقيقية دافقة وحيوية A real, earnest and vital، تبلور حدة التنازع فى الحقوق المدعى بها Antagonistic assertion of rights.

٤٠٨- ولا شان لها بالتالي بمسائل جدلية يكون الفصل فيها قائما على التنظير والتأصيل؛ ولا بمناجزة السلطة التشريعية ولايتها لإنكارها بعض الحقوق الفردية التي ليس لهم بها من شأن. ذلك أن مناط اختصاص جهة الرقابة على الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية، هو أن يحركها عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور لأصحابها يحملهم على التداعى لطلبها في صورة جازمة، ومن خلال التطاحن عليها مع السلطة التي جحدتها، وعن طريق الترضية القضائية التي يردون بها هذا العدوان، فلا تتوافق مصالح من يطلبونها ومن يعارضونها، ولا يكون تزاوجها ممكنا.

وتلك هي الخصومة القضائية التي ينافيها أن يكون النزاع فيها مدبرا بين أطرافها، ناجما عن تلاقيهم على الإيهام بوجوده، فلا يكون نزاعهم حول المسائل التي يطلبون الفصل فيها حقيقيا، بل منتحلا، لتظهر الخصومة القضائية في صورة وهمية مجافية لحقيقتها، بما يعطيها غير ثوبها، ويجعلها -في واقعها- محض خصومة تحكمها المودة بين أطرافها A Friendly Suit لا يجوز قبولها([2]).

([1]) Lord v.veasie, 8 How (49 U.S.) 1850.

([2]) وليس بشرط لوصف الخصومة بأنها غير ودية، أن يكون العداء الشديد قد استحكم بين أطرافها. Animosity إذ يكفى أن تتناقض مصالحهم وتتصادم فى شأن الخصومة الدستورية المرفوعة.

٤٠٩- والحق أن شرط احتدام التنازع بين المصالح فى الخصومة الدستورية، يتصل بتوافر المصلحة فى اقتضائها. ولا يتحقق ذلك ما لم يكن لأطرافها مصلحة شخصية فى محصلتها النهائية التى تمثل الفائدة العملية التى يتوقعون اجتناءها منها، وهى فائدة لا شأن لها بطبيعـــة المســائل الدستورية المثارة فيها(١). يؤيد ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تتولى غير رقابة محدودة على السلطتين التشريعية والتنفيذية. وليس لها بالتالى أن تطلق العنان لولايتها بأن تفصل فى خصومة دستورية فى غير ضرورة، وإلا كان ذلك إخلالا بمبدأ الفصل بينـــها وبيـــن هـــاتين السلطتين. ومن ثم كان شرط المصلحة الشخصية محركا للخصومة الدستورية، ودالا على توافـــر شرائط الفصل فيها(٢) بل إن اقتضاء هذا الشرط يمثل جوهر الرقابة على الدستورية باعتبـــار أن التحوط من القيود عليها(٣) Prudential Restraints وإن تعين القول بأن تطبيق جهة الرقابة لـــهذا الشرط، يتردد بين التطبيق والاتساع.

---

(1) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).
(2) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750 (1984).
(3) E.G., valley Forge Cristian College v. Americans United, 454 U.S. 464 (1982).

المبحث الثالث

الخصومة العقيمة Moot Cases

٤١٠- الأصل أن تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى فى الخصومة الدستورية ليس فقط وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل هذه المصلحة قائمة حتى الفصل فيها[1] ذلك أن الخصومة الدستورية التى يجوز قبولها هى الخصومة القائمة والمستمرة Actual and ongoing case والتى يؤثر الفصل فيها فى الخصومة التى يدعها أطرافها. فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تتعلق بمصالح جوهرية لا يفض الخلاف حولها إلا بإنزال حكم الدستور عليها. وهى بذلك لا تتناول واقعة فرضية. ولا بذلك يكفى بالتالى لقبول الخصومة الدستورية، أن يكون موضوعها حيا وقت رفعها. بل يتعين لجواز نظرها أن يظل هذا الموضوع متوهجا حتى الفصل فيها. فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهبا A live، دل ذلك على أن تغييرا طرأ على واقعاتها أو على حكم القانون بشأنها[2]، وأن من شأن هذا التغيير ألا تبقى لرافعها مصلحة في اجتناء الفائدة العملية التي كان يتوقعها منها، لتصير الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها[3].

ومن ثم يفترض انقضاء الخصومة الدستورية فى هذه الصورة، أن يصير الفصل فيها عقيما غير منتج بالنظر إلى طروء أحداث عليها كان من أثر تتابعها من الناحية الزمنية؛ تجريدها من كل فائدة.

فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق، يجرد خصومة الطعن من موضوعها فلا يبقى بعد هذا النزول شئ للفصل فيه.

والتصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية، يعتبر منهيا لها، وحائلا دون اقتضائها عن طريقها.

---

(1) E.g. Untied states v.Munsingwear, 340 U.S. (1950); Grolden v.Zwickler, 394 U.S. 103 (1969).

(2) Hall v. Beals, 369 U.S. 45 (1969); Sanks v. Geargia, 401, U.S. 44 (1971).

(3) Lewis v. Continental Bank Corp., 494 U.S 472 (1990).

بما مؤداه أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاء؛ ولا يكفى بالتالى أن تتوافر المصلحة الشخصية والمباشرة فى المدعى فى الخصومة الدستورية وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل كذلك حتى الفصل فيها([1]).

فإذا علق المشرع مباشرة المواطنين لحق الاقتراع في الدائرة الانتخابية التي يقيمون فيها، على شرط إقامتهم بها المدة التي عينها. وكان شرط المدة متوافرا في بعضهم ومتخلفا في آخرين منهم. فإن خفض المشرع لهذه المدة بما يكفل توافرها في هذه الدائرة لأفراد هيئة الناخبين جميعهم، يعتبر منهيا لهذه الخصومة.

فإذا أصرت جهة الرقابة القضائية على موالاة الفصل فيها، فإن ما يصدر عنها لا يعتبر حكما فى خصومة؛ بل رأيا استشاريا يتناولها من منظور مجرد، ولا يكفل غير مصلحة نظرية يبلورها مجرد بيان حكم الدستور فى شأن المسائل الدستورية التى أثارتها هذه الخصومة. وهو ما ينافى حقيقة أن الخصومة الدستورية التى يجوز الفصل قضائيا فيها، هى تلك التى يظل النزاع فيها قائما ملتهبا، ومتصلا بين أطرافها([2]).

An actual ongoing dispute between the parties.

٤١١- بيد أن القاعدة التى تقضى بوجوب أن تبقى الخصومة الدستورية حية حتى وقت الفصل فيها، لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن القضاء أجاز الخروج عليها فى أحوال استثنائية وهى:

أولا: أن الفصل فى الخصومة الدستورية لا يعتبر عقيما، إذا كان ثمة أساس معقول للقول بأن الأضرار التى رتبتها النصوص المطعون عليها، قد تعود بعد انقطاعها، ليتعرض ثانية لها المدعى فى هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها Capable of repetition؛ وبشرط أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائيا فى الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها.

([1]) Aetna life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

([2]) Kremenes v. Bartley, 431 U.S. 119. 128 (1977); See olso, Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911); DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974); Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 332 - 333 (1988).

If the challenged action was in its duration too short to be fully litigated prior to its cessation or expiration and if there was a reasonable expectation that the complaining party would be subjected to the same action again

فالمرأة التى تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التى تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملا عند رفعها لدعواها الدستورية . فإذا قيل بأن الحكم فى دعواها هذه قد صار عقيما بعد ولادتها لطفلها قبل الفصل فيها، لكان ذلك إنكارا لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل حتى الفصل نهائيا فى دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض . فضلا عن أن احتمال حملها من جديد قائم دوما، فلا يعتبر حق المرأة فى الإجهاض منقضيا بولادة طفلها -حيا أو ميتا- إذ هو من الحقوق المتجددة فى كل مرة يتم إخصابها فيها.

والقول بغير ذلك مؤداه أن تتربص حملا جديدا حتى تقبل دعواها الدستورية الثانية، التى لن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها فى دعواها الأولى، لأن حملها لابد أن ينتهى بولادة طفلها قبل الفصل فى دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها فى إجهاض نفسها، لتدور المرأة الحامل فى حلقة لا نهاية لها. ولا مخرج منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهيأة بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل؛ وأن حملها بالتالى متجدد بالضرورة، لتقوم مصلحتها فى الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتهيا. ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقدير أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد، وتكراره بالتالي، يرد للخصومة الدستورية أنفاسها، ويعيدها إلى الحياة([1]).

([1]) Roe v. Wade,, 410 U.S. 113 (1973).

ويلاحظ أن المرأة الحامل فى هذه الدعوى كانت قد رفعت عام ١٩٧٠ دعواها الدستورية التى تطعن بها فى دستورية تشريع الولاية الخاص بمنع الإجهاض. وقد فصلت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى هذه الدعوى عام ١٩٧٣ أى بعد ثلاث سنوات من رفعها، كان الحمل خلالها قد انتهى.

ولو أن شروط القبول فى جامعة، تميز بين طلبتها بالنظر إلى لونهم؛ وكان المدعى فى الخصومة الدستورية -وهو أسود اللون- قد طعن بمخالفة هذا التمييز للدستور؛ وكان المدعى فى الربع الأخير من السنة النهائية لدراسته بكلية الحقوق بها وقت نظر دعواه أمام المحكمة العليا، فإن مصلحته فى دعواه هذه تكون منتفية إذا كانت الجامعة قد تعهدت بأنها لن تلغى قيده بها أيا كانت نتيجة الفصل فى دعواه هذه. ذلك أن هذا التعهد مؤداه أن يكمل دراسته بغض النظر عن مضمون قضاء المحكمة العليا فى دعواه، ولن تلحقه بالتالى أية مضار يتصور أن يدفعها بها.

See De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).

Capable of repetition, yet evading review.

ثانيها: أن يكون المدعى من أفراد طبقة بذاتها، كأن يكون محاميا أو طبيبا أو حرفيا ويدخل بذلك فى عموم طبقة المحامين أو الأطباء، أو المهندسين أو الحرفيين.

وقد يكون المدعى كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصير واحدا من مجموعهم وداخلا فـــى طبقتهم فإذا حدد المشرع لأفراد هذه الطبقة جميعهم، شروطا تنظم شأنا من شئونهم فإن اســـتيفاء المدعى في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها، مع استمرار تخلفها في باقى من أفـراد طبقته، لا يجعل دعواه منقضية([1]). ذلك أن المدعى يمثل أفراد طبقته في مجموعهم، إذ هو مـــن بينهم ولا يحيط بهم، فلا يكون إلا ممثلا لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتـــها، ولا زالـــوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يعتبر نزاعهم مع هذه الشروط منتهيا، بل حيا وقائما، لإخلالها بالحقوق التي يطلبونها([2]).

ثالثا: أن إلغاء المشرع للنصوص القانونية المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعـى، لا يجعل دعواه الدستورية منتهية لعمقها.

ذلك أن الأضرار التي رتبتها هذه النصوص في حقه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إزالتها بكاملها. وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعى في الخصومة الدستورية في مطابقته للدستور، عملا صادرا عن الجهة الإدارية. ذلـك أن توقفها عن المضي فيه اختيارا Voluntary cessation، لا يحول دون الفصل فى دستوريته، ما لـم يقم الدليل على انتفاء كل توقع معقول Reasonable expectation لتكراره([3]). فإذا كـــان احتمـــال

([1]) Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).

([2]) تسمى الدعوى في هذه الحالة بدعوى الطبقة Class action فلو أن المشرع تطلب من الناخب أن يكون مقيما في دائرته الإنتخابية مدة سنة على الأقل مثلا. وكان المدعى حين أقام دعواه الدستورية طعنا في هذا الشرط لم يستوف مدة الإقامة، ثم إستوفاها بعد رفعها، فإن دعواه لا تصير منقضية. ذلك أن غـيره مـن أفـراد هيئـة الناخبين في هذه الدائرة لازالوا غير مستوفين لشرط الإقامة، وعلى المدعى-وهو يمثلهم ويعتبر نائبـا عنـهم بوصفه واحدا منهم- أن يستمر في دعواه، فلا يقضي بعدم قبولها.

Board of School commissioners v. Jacols, 420 U.S. 128, 130 (1975).

([3]) United States Comm v.Geraghty, 445 U.S. 388 (1980).

عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للدستور بعد توقفها اختيارا عن المضى فيه، لازال قائمـــا، فإن الخصومة الدستورية التى تنازع فى دستورية هذا الإجراء، لا تنقضى([1]).

رابعا: أن الخصومة الدستورية فى المسائل الجنائية، لا تعتبر عقيمة ولو كان المدعى فيـــها قد نفذ الحكم الذى دانه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثارا جانبية تلازمها وتقارنها Collateral consequence، إذ تظل للمدعى مصلحة محققة فى إنهاء هذه الآثـــار التـــى يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق السياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفا، أو النظر إلى الجريمة التى دين بسببها كسابقة فى دعوى جنائية لاحقة([2]).

خامسا: أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أبدل المشرع النصوص القانونية المطعـــون عليها بنصوص جديدة تحل محلها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبتها واقعـــا بأثر مباشر. ذلك أن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتبارا من وقت نفاذها وحتى إلغائـــها. فإذا أحل المشرع محلها قاعدة جديدة، تعين تطبيقها اعتبارا من التاريخ المحدد لسريانها، وإهمـــال القاعدة القديمة من وقت إلغائها. فلا تتداخل القاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقهما، ذلـك أن لكل منهما مجالا زمنيا لسريانها، فلا تندثر الأضرار التي ألحقتها النصوص القديمة بالمدعى فـــي الخصومة الدستورية، خلال زمن العمل بها([3]).

٤١٢- وسواء تعلق الأمر بانقضاء الخصومة الدستورية لزوال موضوعها، أو باسـتثناءاتها التي تقيد من إطلاقها، فإن الضرورة العملية هى التى توجهها، فلا تميل جهة الرقابة القضائية على

([1]) United States V.W.T. Grant co., 345 U.s. 629 (1953); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95, 100- 01 (1983).

فلو كانت الشرطة تعذب مثلا الأشخاص الذين تعتقلهم أو تقبض عليهم، فإن توقفها عن ممارســاتها هـذه، لا يحول دون الفصل في دستوريته.

([2]) County of Los Angeles v. Davis 440 U.S. 625 (1979). Sibron v. New York , 392 U.S. 40,55 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 790-791 (1969).

([3])القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٢/٣ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٤٢٤ مـن الجزء ٧ مـن مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليـا؛ وكذلـك القضيـة رقـم ٤٧ لسـنة ٣ ق " دسـتورية "-جلسـة ١٩٨٣/٦/١١- ص ١٣٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

الدستورية إلى تقييد قاعدة انقضاء الخصومة الدستورية إذا كان هذا التقييد لن يكون مفيـــدا فـــي توقي المنازعة من جديد في شأن الحقوق عينها المثارة في هذه الخصومة.

كذلك فإنه كلما اقترن إنكار حق المدعى في الخصومة الدستورية، بمخاطر باهظة يتحملها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تحكم بانقضائها.

سادسا: كذلك يفترض شرط بقاء الخصومة الدستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنظر جهة الرقابة على الدستورية فى خصومة لا شأن لها بالحقوق المدعى فيها.

المبحث الرابع
الخصومة الفرضية أو المجردة
Hypothetical case

٤١٣- لا يتحقق معنى الخصومة إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم Definite and concrete شأن هذا النزاع شأن الخصومة التي يختلقها أطرافها، ويتوافقون على تدبيرها لإعطائها صورة لا تدل على حقيقتها.

ذلك أن الخصومة في هذه الصور لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يثير مسائل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يؤهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما.

يؤيد ذلك أن قضاة الشرعية الدستورية لا يعنيهم الفصل فى خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتأصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر فى العلوم وتعمق أغوارها. وليس من وظيفتهم كذلك إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان([1]) حكم الدستور في الهواء A mere declaration in the air. وهم لا يفصلون كذلك فى طعون تتعلق بنصوص قانونية لم تلحق بالمدعين فى الخصومة الدستورية -وبصفتهم الشخصية- أية مضار واقعية؛ ولا فى نصوص قانونية لن تخل بأية حقوق يملكونها([2]).

ولا يجوز بالتالى النظر فى أية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية لا تثير غير اهتمام الباحثين فى علم القانون، ولا فى خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضرارا فعلية، سواء فى ذلك ما يكون منها داهما أو وشيكا؛ قائما أو مظنونا على خطر الوجود؛ محدقا أو راجحا؛ آنيا أو مستقبلا. ذلك أن ولاية قضاة الشرعية الدستورية تنحصر فى الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تتسم بحدتها وبتضادها وتخالفها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غرماء يتنابذون فيما قصدوه منها، ولا يتوافقون فى أهدافهم بشأنها.

([1]) Giles v. Harris. 189 U.S. 475, 486 (1903).

([2]) Muskrat v. United States 219 U.S. 346 (1911).

ولا تعتبر خصومة حقيقية، تلك التي يطرحها أفراد بقصد إنهاء شكوكهم حول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية A certain class of legislation إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن بحقوق شخصية يدعونها، ويناجزون خصومهم في سعيهم لطلبها وتوكيدها.

٤١٤- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا

<<يتغيا شرط المصلحة الشخصية المباشرة، أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة.

وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تخوم ولايتها. فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه. بما مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر قد وقع فعلا أم كان وشيكا يتهددهم. ويتعين دوما أن يكون هذا الضرر منفصلا عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلا بالعناصر التي يقوم عليها، ممكنا تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائدا في مصدره إلى النص المطعون عليه.

فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلا على أن من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء مصلحته الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعنيهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها ألوانا من الصراع بعيدا عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلا للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقا للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. وإنما تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -التي كثيرا ما تؤثر في حياة الأفراد وحرماتهم وحرياتهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعا، ولا تعرض عنها

تراخيا. ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع فى دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذا أخيرا ونهائيا، وأن تدور وجودا وعدما مع تلك الأضرار التى تستقل بعناصرها، ويكون ممكنا إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو منتحلا أو مجردا in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وألا يؤمن المدعى بدعواه الدستورية -وكأصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم،بل ليكفل أصلا إنفاذ تلك الحقوق التى تعود فائدة صونها عليه In Concreto([1])>>.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠- ٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الخامس
الخصومة التي لم يكتمل نضجها
Unripe cases

٤١٥- وكما أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة يبين من يجوز أن يقيم الخصومة الدستورية Who may bring the case فإن شرط رفعها فى أوانها يحدد كذلك وقت طرحها على جهة الرقابة القضائية When case may be brought. ولا يجوز بالتالى لأية خصومة أن تستبق أوان الفصل فيها. وكما أن الجهة القضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها لأحد فى شأن المسائل التى تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر فى الفصل فى كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقا لقانونها، لتصدر فيها حكما لا ينتقض، فإن منعها من الفصل فى مسائل لم يكتمل نضجها Premature Questions، مرده أن مثل هذه الخصومة لن يكون لها من أثر على حق أو التزام لرافعها.

ويتعين بالتالى -وكشرط مبدئى للفصل فى الخصومة الدستورية- أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثار فيها، ليدل اجتماع هذه العناصر على أن هذا النزاع ليس متوهما ولا منتحلا، وإنما يمثل خصومة محتدمة بين أطرافها. فلا يكون توقيت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها مواتيا([1]) The Fitness of the Issues for Judicial Determination. أو أن نضجها لم يتهيأ بعد. شأن الخصومة القضائية فى ذلك شأن الثمار التى لا يأكلها أحد قبل أن يحين قطافها([2])

Litigation is like fruit which must not be picked until it has ripened.

ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع فى الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضروريا لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تخلفها، أو لتحديد حدة التفاقم التى بلغتها.

ويتعين على ضوء هذه المفاهيم أن نقرر أن الخصومة الدستورية التى يجوز الفصل قضائيا فيها هى التى تطرح عدوانا حكوميا فعليا على حق أو حرية كفلها الدستور إذا كان المدعى قد

([1]) يقصد بالخصومة القضائية تلك الادعاءات التى يطرحها المتقاضون أمام المحكمة للفصل فيها وفق الإجراءات التى يبينها القانون أو المتعارف عليها من أجل إنفاذ الحقوق المدعى بها أو لرد العدوان عليها.

In re pacific Railway Comm., 32 Fed. 241 (C.C. Cal. 1883)

([2]) Public Serv. Comm., n v. Wycoff Co., 344 U.S 237 (1952).

أضير من جراء هذا العدوان. فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العدوان، فإن القول به يكون فرضا جدليا قد لا يتحقق على الإطلاق A hypothetical operation of a government act, that has not yet had actual impact on private rights and obligations ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل فى المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضروريا لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل فى خصومة لم يحن أوان رفعها سواء لتعلقها بمسائل مجردة أو غير محددة بصورة كافية، أو بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

ويتعين بالتالى التركيز على طبيعة المسائل التى تطرحها الخصومة الدستورية للنظر فى مواتاة الفصل فيها. فما يكون منها بعيد الاحتمال Too remote ، أو قائما على محض الصدفة Too contingent، أو على فروض جدلية يعرضها أصحابها فى صورة مجردة Too hypothetical for adjudication مؤداه أن الخصومة التى تطرحها تستبق أوان الفصل فيها. ويتعين دوما أن ننظر فى اكتمال بنيان الخصومة، إلى كافة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض.

فقد يتعلق الطعن بعدد من النصوص القانونية يكون الفصل في بعضها فقط مواتيا. وعندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضر من هذه النصوص بحق أو بمصلحة للطاعن يجوز الفصل فيه. وما كان من هذه النصوص غير مؤثر في هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل في دستوريته يكون محظورا(¹).

وتتقيد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بشرط أوان الخصومة حتى فى مجال انتقائها لنوع الترضية القضائية التى توفرها لرافعها. فلو أن أشخاصا كان قد قبض عليهم ثم أطلق سراحهم، فإن الخصومة التى يرفعونها لتوقى احتمال القبض عليهم من جديد، تكون قبل أوانها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل(²) Speculative future harm.

كذلك فإن النصوص القانونية التى يتحدد على ضوئها ما إذا كان شخص معين يعتبر مختلا عقليا، لا يجوز الطعن بمخالفتها للدستور قبل بدء تطبيقها فى حقه. وكذلك الأمر فى شأن كل ضرر يكون تصوريا Speculative.

(¹) Communist Party of the United states v. Subversive Activities control B d., 367 U.S. 1, (1961).

(²) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

ولو أدين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة ما، وكانت إحداها تناقض الدستور، فإن الطعن عليها يكون مقبولا، ولو كان المحكوم عليه مودعا فى أحد السجون لتنفيذ العقوبة التى لا نزاع فى دستوريتها.

ويتعين بالتالى للقول باستواء الخصومة الدستورية على قدميها، ورفعها بالتالى فى أوانها، أن تدل النصوص المطعون عليها -بأثرها- على تدخلها فعلا فى شأن يخص رافعها Actual Interference.

فإن لم يكن من شان النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها لن يتعلق بغير مسائل مجردة فى طبيعتها، ولن يتصل بالتالى بحقوق يطلبها أفرادها كأثر مباشر لإخلال النصوص المطعون عليها بها.

يؤيد هذا النظر أن قضاة الشرعية الدستورية لا يباشرون وظيفتهم القضائية، إلا من خلال خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا خفاء فيها، وتتغيا رد عدوان على حق أو حرية ظاهرة أبعاده، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورا نظريا أو توقعا فرضيا، بل تدخلا قائما فى هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة فعلية بمصالح أصحابها.

ودون ذلك لا تبلور الخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقى، وإنما تكون واقعاتها غير متطورة بدرجة كافية فى مواجهة أطرافها؛ ونطاق المسائل التى تطرحها ليشوبها التجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها، أو تخيلها أو توقعها فى صورة مجردة، فلا يكون ميلاد الخصومة مكتملا بها Not fully born.

ويظل الأصل فى كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها. ذلك أن كل خصومة تفترض الجزم بواقعاتها، وبنطاق المسائل التى تطرحها للفصل فيها، وتعلقها بالضرورة بعدوان قائم على أحد الحقوق التى يكفلها الدستور.

فإذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل فى شئون رافعها بالعمل أو الإجراء المطعون عليه، تصورا يقوم على التخيل، أو يتوخى مواجهة مجرد إحباط أو توهم أو ارتعاش من طبيعة شخصية Subjective Chill فإن الفصل فى دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولا، ولا

دالا على مخاطر فعلية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء فى نطاقـــه ولــو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاة الشـــرعية الدسـتورية أن يصـدروا حكمـا تقريريـا A declaratory judgment فى شأن الحقوق المتنازع عليها يثبتها لأحد الخصميـن دون الآخـر. ذلك أن الأحكام التقريرية، وإن جاز تشبهها بالآراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جـبرا، إلا أن هذه الأحكام تفارق تلك الآراء فى تعلقها بخصومة فعلية تتناقض مـــن خلالـــها مصـــالح أطرافها، لتحسم الحقوق المتنازع فيما بينهم(¹)، ولا يتصور بالتالى أن تصدر تلك الأحكـــام فـــى خصومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

وفى مجال الفصل فيما إذا كانت الخصومة الدستورية قائمة على عناصر مكتملـــة، أم أن أوان الفصل فيها لم يحن بعد، يتعين التمييز بين نصوص قانونية نافذة بذاتـــها Self- executing Provisions، وبين نصوص قانونية لا تخل بحقوق المخاطبين بها قبل تطبيقها فى حقهم.

ذلك أن النصوص القانونية النافذة بذاتها، هى التى يكون مجرد سريانها كافلا لإجراء آثـــار تناقض مصالح المخاطبين بها Adverse effect ولو لم يجر تطبيقها فى حقهم. وهو ما يتحقق فـــى النصوص التى تأمر المخاطبين بها بأداء أفعال تعينها أو الامتناع عن أفعال تنهاهم عن القيام بها، وإلا حق عليهم الجزاء المقرر بها عن مخالفة أوامرها ونواهيها. ذلك أن مجرد إقـــرار المشـــرع لهذا النوع من النصوص يرتد سلبا على حقوق المخاطبين والتزاماتهم من خلال المخاطر الداهمة التى تصيبهم إذا لم يمتثلوا لها. فالنصوص الجنائية تؤثم الأفعال أو صور الامتناع التى حددتـــها. والمخالفون لها يعاقبون جنائيا عن كل فعل أو امتناع لا يتقيد بحكمها. ومثل هذه النصوص يجوز الطعن عليها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجز تطبيقها فى حق أحد من المخاطبين بها. ذلك أن مجرد وجود هذه النصوص وشخوصها فى مواجهتهم يلحق بهم أفدح المخاطر التى تنـال من حقوقهم وحرياتهم. ولا يتصور بالتالي أن يتربص هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالخروج عليـــها، وارتكابهم بالتالي لجريمة منعهم المشرع من الإقدام عليها، حتى تقبل الخصومة الدستورية التـــى يجحدون بها دستورية هذه النصوص(²).

(¹) Norman Redlich- Bernard Schwartz and John Attanasio; "Understanding Constitutional Law, 1995, p. 23 .

(²) Euclid v. Ambler Reality Co. 272 U.S. 365 (1926); Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925). .

وحتى النصوص الجنائية التى لم يجر تطبيقها فى حق المخاطبين بها لمدد استطال زمنـــها Desuetude، يجوز الطعن عليها بمخالفتها للدستور([1])

كذلك فإن القيود التي يفرضها المشرع على الملكية، والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصاديـــة باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هـــذه القيود في شأن رافعها([2]).

وإذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور الطلبة الذين لا يلحقـــون أبنـــاءهم بالتعليم العام، فإن من شأن سريان هذا القانون، أن ينغلق التعليم الخاص أمام الأبناء، وأن تغلـــق معاهد هذا التعليم أبوابها في وجههم، فلا يلجها أحد منهم([3]).

ومن ثم يكون مجرد صدور هذا القانون منطويا على مخاطر لا يستهان بها يتهدد بســـببها القائمون على شئون التعليم الخاص. وهي مخاطر لا يدفعونها إلا من خلال الخصومة الدســـتورية يرفعونها لإنهاء وجود ذلك القانون، خاصة وأنهم يظلون مهددين بالعقوبة التي فرضها، ولو لـــم يصدر في شأنهم اتهام جنائي. ولا يجوز القول بالتالي بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطا مبدئيـــا لقبول الخصومة الدستورية التي يسعون من خلالها إلى إبطال النصوص القانونية التي ألزمتـــهم بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام؛ إذ لو جاز ذلك، لكان عليهم تربص الدعوى الجنائية وترقبها، حتى إذا داهمتهم، طرحوا مناعيهم على هذه النصوص أثناء نظر الدعوى الجنائية -وكدفـــاع فيـــها- وهو مالا يتصور تكليفهم به.

ذلك أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، يتقدم ترقبهم الإخلال بها. ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع نصوص القانون المشار إليه باعتبارها نافذة من وقـــت صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن الذين تمسهم هذه النصوص([4]).

([1]) Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).
([2]) Euclid v. Ambler Reality Co., 272 U.S. 365 (1926).
([3]) Pierce v. Society of Sisters ,268 U.S. 510 (1925).
([4]) Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908) ; Backard v. Banton , 264 U.S. 140 (1924); Poe v. Ullman, 367 U.S .497 , 528 (1961).

وعليها بالتالي أن تنظر إلى الخصومة الدستورية -في الصور التي أسلفنا بيانها- بافتراض نضجها وتكامل عناصرها. ذلك أن من غير العدل ومما يجافى المنطق كذلك، حمل الأشخاص الذين أثر قانون ما في حقوقهم والتزاماتهم، على مخالفة هذا القانون، والتعرض للعقوبة التي فرضها، كشرط للجوئهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، للحصول منها على حكم ببطلان هذا القانون.

إذ لو قيل بذلك، لصار شرط قبول الطعن بعدم دستورية قانون قضى بعزل المعلمين الذين يناهضون الدولة بأعمالهم، هو ارتكابهم الأعمال التي حظرها؛ ولكان عليهم الخيار بين الخضوع لأحكامه، أو تحمل الجزاء على مخالفتها. بما يوقعهم في حرج لا يرد عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور هذا القانون([1]).

٤١٦- وتظل الخصومة الدستورية متوافرة عناصر نضجها التي تتكامل بها سوية على قدميها، ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين -بالعقوبة التي فرضها- تدريس مادة بذاتها؛ ولو كان هذا القانون قد ظل مهملا مدة طال زمنها؛ وكان ثابتا كذلك أن اتهاما لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون. ذلك أن القوانين الجنائية تشرع سيفها في وجه المخالفين لها كلما قرر المدعى العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى العصاة. فلا يفصل بين حرياتهم من جهة وتقييدها من جهة ثانية، غير نزوة المدعى العام التي لا يجوز معها

([1]) ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية كان لها قضاء مختلف، فقد عرضت عليها قضية كان موضوعها أن قانونا صدر في شأن موظفي الدولة يمنعهم من الانخراط في الأعمال أو الحملات السياسية تحت طائلة الجزاء الجنائي. وقد أعلن المخاطبون بهذا القانون، عن عزمهم على القيام بالأعمال التي حظر المشرع عليهم ارتكابها، إلا أنهم لم يفصحوا عن طبيعة الأعمال التي ينوون القيام بها، أو نوع الآراء التي يريدون إعلانها لدعم موقفهم، ووسائلهم إلى تنفيذ أغراضهم، بالرغم من أن الخصومة الدستورية التي رفعوها، كان هدفها أن تصدر المحكمة أمرا An injunction يمنع الجهة المختصة بتنفيذ هذا القانون، من فرضه عليهم. وقد انتهت المحكمة العليا إلى أن الأوراق لا تدل على أن المدعين في الخصومة الدستورية قد أخلوا بذلك القانون، وأن دعواهم بالتالي لا تزيد عن طلبهم آراء استشارية منها في مسائل من طبيعة مجردة، فلا تتوافر الضرورة التي تقتضيها الفصل في المسائل الدستورية المثارة.

United Public workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947); Alder v. Board of Education, 342 U.S. 484 (1952)

القول بأن القوانين الجنائية التي لم يجر تطبيقها، لا تمثل غير مخاطر يتوهمها الخاضعون لأحكامها.

ومن الفقهاء من يقرر بأن النصوص النافذة بذاتها، لا تنحصر في النصوص الجنائية. وإنما تتوافر هذه الصفة كذلك في غير هذه النصوص إذا كان من شأنها التأثير مباشرة في حقوق الأفراد وحرياتهم الخاصة Immediate consequences upon private rights and obligations. بما يرتد سلبا عليها، مدنيا كان هذا القانون أم جنائيا([1]).

٤١٧- وقد تتعدد عناصر الخصومة الدستورية. فإذا كان نضجها مكتملا في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تحدد ملامح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرط وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يختل نتيجة فصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وقد تتعلق المسائل الدستورية التي تثيرها الخصومة الدستورية، بأكثر من نص قانوني. فإذا كان الطعن في إحداهما مقبولا بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقيها لا يعتبر كذلك تبعا أو بالضرورة. ذلك أن الأصل في الترضية القضائية، هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها. ولا محل بالتالي لتقرير ترضية قضائية قبل أوانها، كتلك التي تتوخى مواجهة أضرار مستقبلية تخيلية([2]) Prevention of speculative future harm.

وقد لا تكتمل للخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقق واقعة معينة تعطيها حيويتها، وتتهيأ بها ضوابط الفصل فيها.

فالذين يقولون بأن تدخل الحكومة في ملكيتهم آل إلى أخذها منهم دون تعويض، لا تقبل الخصومة الدستورية منهم، إلا بعد استنفادهم لكل الطرق المفتوحة أمامهم للحصول على هذا التعويض([3]).

([1]) Norman Redlich; Bernard Schwartz; john Attanasio, "Understanding Constitutional law",1995 ,pp.24-28

([2]) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

([3]) Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

ومع ذلك إذا كان أخذ ملكيتهم لغير مصلحة عامة، فإن الخصومة الدستورية تقبل منهم دون حاجة للخوض في استحقاق التعويض أو تحديد مقداره.

وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به. ومع ذلك قد ترجئ جهة الرقابة القضائية على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تستبين بصورة أفضل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق([1]).

وبوجه عام، كلما كان الضرر قائما على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد. A mere possibility in remote future فإن الطعن على النصوص القانونية المدعى تعلق هذا الضرر بها، يكون مستبقا أوان الفصل فيها.

ذلك أن من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبل أن تتحقق الآثار السلبية للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار الطاعن بها. ومجرد تصور هذه الإضرار، أو حتى توقعها ليس كافيا، باعتبار أن سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فعلي يخل بالحقوق التي يدعيها أطرافها. فإذا لم يكن ثمة تدخل أصلا، أو كان القول بوجوده تحزريا؛ أو كانت الأضرار المدعى بأن التدخل قد رتبها، محددة تحديدا عاما بما يجهل بحقيقتها، وبنسبتها إلى من يدعون أنها أصابتهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منعقدة قبل أوانها. ذلك أن الأضرار التي يدعونها تبلور صعوبة Hardship يطعنون في دفعها. فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كذلك فإن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص، ينبغي عرضها بما يجليها، ويكفل اتساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المحددة لموضوعها Fitness of the Issues.

يؤكد هذا النظر أن النصوص القانونية لا تناقض الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما ينحصر الطعن على جوانبها التى أضير الطاعن منها. فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية

([1]) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568 – 581 [1985].

لا تتحد وقائعها، ولا المصالح المثارة فيها، مع غيرها. وإنما يكون لوقائعها ذاتيتها، ولنوع المصالح المراد حمايتها بها خصائصها، فلا يكون بيانها وإيضاحها -سواء في طبيعتها أو أبعادها- خافيا.

على أن واقعية المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها، والتي لا تقوم الخصومة الدستورية في أوانها بدونها، لا يعني مثولها وحلولها بعناصرها جميعا، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وقد تكون المسائل الدستورية المثارة من خلال هذه الخصومة من طبيعة قانونية صرفه Purely Legal، فلا تطورها أو من عناصرها أية واقعة مادية مستقبلية([1]).

وقد تكون الطبيعة القانونية هى الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية Predominantly Legal فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية، ضروريا، ولو كان أكثر فائدة([2]). ولئن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن؛ وكان تكامل ملامحها قد يتحقق في بدئها، إلا أن أحداثا لاحقة قد تعمق النزاع المطروح فيها وتزيده حدة؛ وقد تنهيه في بعض جوانبه، أو بصورة كاملة، فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق، إلا ضرورة يقتضيها أن تتهيأ للخصومة الدستورية أسبابها التي تحتم الفصل فيها.

وينبغي أن يلاحظ أن إرجاء الفصل في الخصومة الدستورية، قد يعرض رافعها لمخاطر لها شأنها. وبقدر حدتها ومداها، تقرر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها، أو التراخي في نظرها([3]).

([1]) Thomas v.Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568, 581 (1985).

([2]) Pacific Gas and Elec. Co. v.State Energy Resousces Conservation and Development, 461 U.S. 190, 201 (1983).

ويلاحظ أن الفصل فيما إذا كانت المسائل المطروحة فى الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفة أو تغلب عليها الطبيعة القانونية من المسائل الخلافية.

See Scharpf, "Judicial Review and the Political Ouestion: A functional Analysis," 75 Yale law journal, 517, 531-33 (1966).

([3]) Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

وفي النظم الفيدرالية، تحرص المحكمة العليا الفيدرالية، على إيجاد نوع من التجانس في علاقتها بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد. فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية مطعون عليها أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

ذلك أن محكمة الولاية قد تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم ثمة حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة العليا الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها On its Face، بما يلزم المحكمة الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستوريتها دون أن تتربص قضاء محكمة الولاية في شأنها(1).

---

(1) Zwickler v.Koota, 389 U.S. 241. (1967).

المبحث السادس
انتفاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية
Advisory Opinions

٤١٨- لا تتغيا الخصومة القضائية غير الفصل في الحقوق موضوعها بقضاء قطعي يكون منهيا لها وعلى الأقل في بعض جوانبها.

فلا يدخل في مفهوم الخصومة القضائية، الدعوة التي توجهها السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، طلبا لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداهما عليها، وذلك أيا كان قدر أهمية السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

ذلك أن مثل هذه الدعوة، لا تعدو أن تكون طلبا للفتيا في مسائل بذواتها. وقد يكون لهذه المسائل من تعقدها واتساعها وغموض جوانبها ما يدعو السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعمق اجتهاداتها في المسائل التي تطرح عليها، ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناولتها بإفتائها، وبمراعاة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة القضائية المحايدة -في المسائل التي تطرح عليها- لا تعتبر حكما صادرا في خصومة، بل محض آراء لا تتوافر لها قوة اليقين القضائي، ولا تصدر إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتعلق موضوعها بأشخاص تتناحر مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

ولا اختصاص لجهة الرقابة على الدستورية بإبداء هذه الآراء ذات الطبيعة الاستشارية. ذلك أن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة القضائية التي تتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها قانونا. ومن ثم يكون إبداؤها لهذه الآراء انحرافا منها عن حدود ولايتها([1]).

([1]) أنظر فى ذلك الرسالة التى بعثها رئيس الجمهورية جورج واشنطن والتى طلب منها من رئيس المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة Jay، تفسير معاهدات وقوانين الولايات المتحدة التى تتعلق بمسائل القانون الدولى الناشئ عن حروب الثورة الفرنسية. وقد رفض رئيس المحكمة إجابته إلى طلبه

Correpondence and public papers of jahon joy, H.johnston rd. (New York : (1893)486-489).

ذلك أن الخصومة القضائية التي تختص بنظرها، لا تتحدد وقائعها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها، بعمل منفرد من أحد أطرافها. وإنما تفصل الجهة القضائية فى الخصومة التى يستحكم النزاع بين أطرافها والتى يطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم بشأنها فلا تفصل الجهة القضائية فى غير الخصومة Antagonistic claims actively presses([1]).

كذلك فإن مؤدى الوظيفة القضائية التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية، أن تفصل هذه الجهة علانية في المسائل التي تتناولها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض أدلتهم؛ فلا يكون الفصل في الحقوق التي تتناولها الخصومة القضائية واقعا وراء جدران أحكم إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ولا كذلك الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية Extra Judicial Advice. ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تطلبها، هي التي تسلط الضوء على المسائل موضوعها؛ وهي تعرضها بالطريقة التي تراها؛ وقد تعمد إلي إخفاء بعض عناصرها أو تحورها حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حيدتها فى عرضها لأبعاد هذه المسائل التى تتلون بأهوائها، وتوجهها مصالحها. وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها؛ لكنها تشكل قسماتها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح حكم القانون. وإنما تكون آراء مغلوطة في واقعاتها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها. فضلا عن إبدائها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

كذلك فإن استقلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينافيه أن يكون القبول بالآراء التي تبديها هذه الجهة -حتى وإن جاز لها إبداؤها- معلقا على موافقة السلطة التي طلبتها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريرا لحكم القانون في مسائل لم تطرح علي

([1])Albama State Fed'm. of Labor v. McAdory, 325 U.S .450,461 (1945); United States v.Evans, 213 U.S. 297, 300 (1909); Muskrat v. United States, 219 U.S. 346, 362 (1911).

الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لملامحها التي لا يكشفها غير تنازع المصالح وتطاحنها من خلال الخصومة الدستورية([1]).

فضلا عن أن إرهاق جهة الرقابة على الدستورية بالآراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد يصرفها عن مهامها الأصلية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قاتمة، خاصة وأن هذه الجهة لا تستخلص بنفسها عناصر المسائل التي يتعلق بها رأيها، وإنما تستقل السلطة التي عرضتها بتحديدها. فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعيا، ولا إدراكها لها بصيرا بحقائقها. وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به السلطة التنفيذية أو التشريعية بما يجعل بيانها لأبعاده تعبيرا عن موقفها من هذا النزاع، وتصويرا لنزواتها التي لا شأن لها ببيان حكم القانون في المسائل التي تطرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيها.

وتعلق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتيا، يعد موقفا ثابتا لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأعم من الدول. ذلك أن الآراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قراءتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها. فلا تبصر حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التى يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتنافسها التى يتجاذبها أطرافها The Legitimacy of Balancing Competing Interests. ذلك أن الآراء الاستشارية لا تصدر فى غير واقعاتها التى صورتها

([1]) United States v.Freuhauf. 365 U.S. 146 (1961).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية

Such opinions, Such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multi-faced situation embracing and demanding interests.

وشكلتها السلطة التى طلبتها([1]) فلا يصححها أحد فى وصفها لها، ولا يطرح من الدلائل ما يناقضها.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها، ويطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم Antagonistic claims actively presses، هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي. ولا يعتبر اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القانون بشأنها، منشئا لخصومة ودية، ولا طلبا لآراء استشارية تستتر وراء الخصومة القضائية([2]).

ومن ثم يكون شرط الخصومة حائلا دون أن تقدم الجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية. وليس للجهة القضائية بالتالى أن توجه نصحها للحكومة فيما ينبغى عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك أيا كان قدر السؤال المطروح عليها، أو نوع المصالح التى يتعلق بها([3])

([1]) كان الرئيس الأمريكي واشنطن قد طلب من رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تفتيه في شأن حكم القانون الدولي العام في بعض المسائل المتعلقة بمركز الولايات المتحدة كدولة محايدة في الحرب الأوربية لعام ١٧٩٣، إلا أن رئيس المحكمة Jay، رفض ذلك بإصرار، قائلا بأن المشورة التي تبديها المحكمة في هذه المسائل تخرج عن اختصاصها. وقد نشر هذا الرد في خطاب وجهه Jay إلى رئيس الجمهورية. أنظر نص الرد في:

Schwartz , A Basic History of the U.S. Supreme Court 89 (1948).

([2]) Ins .v Chadha, 462 U.S . 919 (1983).

([3]) Chicago 2 Sothern Air Lives v. Waterman Steamship Corp. 333 U.S. 103 (1948).

المبحث السابع
امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بياناتها

٤١٩- توجب المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يتضمن قرار إحالة المسائل الدستورية إليها، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقا لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، ونص الدستور المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة.

وهذا النص مؤداه، أن الدعوى الدستورية -وسواء حركها قرار صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي بان لها من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور؛ أم كان الطريق إلى رفعها، تصريح بإقامتها صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع أبداه خصم أمامها بعدم دستورية نصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وقدرت هي جديته- فإن كلا من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا؛ وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن يتضمن بيانا بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ومواطن التعارض بينها. ذلك أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشرعية الدستورية التي تتوخى أصلا صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتعين بالتالي ضمان جديتها.

ومن ثم تفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محددا تحديدا جليا، وأن يكون لأطرافها -بما فيهم الحكومة المعتبرة بقوة القانون طرفا ذا شأن فيها[1] - حق الدفاع عن مصالحهم وإبداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها.

وإبداء دفاع في دائرة من الفراغ، هو ما يقع بالضرورة إذا أغفل المدعى في الخصومة الدستورية بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

إذ بغير هذا البيان، لا تتهيأ للخصوم في الدعوى الدستورية، مكنة إبداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وحتى تقوم هيئة

---

(1) ورد هذا الحكم بالفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون المحكمة.

مفوضيها -بعد انقضاء هذه المواعيد- بتحضير المسائل الدستورية المطروحة عليها، ثـم إيـداع تقريرها فيها مشتملا على جوانبها الواقعية ورأيها في أبعادها القانونية والدستورية([1]).

٤٢٠- وينبغي أن نلاحظ في هذا الشأن:

أولا: أن موضوع الخصومة الدستورية، وأن تطلب لتحديده بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ونقاط التعارض بينهما؛ إلا أن هذا البيان يعتبر مستوفيا لأغراضه، ولو تحقق بطريق غير مباشر.

ذلك أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تتحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وترابطها في سياق يجمعها. ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا -وعلى ضوء نظرتها الموضوعية لبنيان الخصومة الدستورية ومراميها- أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها.

ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا -وعلى ما جرى به قضاؤها- أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلا. بل يكفي أن يكون تعيينها ممكنا. ويقع ذلك كلما كان بنيان عناصرها -ومن خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها- دالا عن حقيقتها([2]).

ثانيا: أن الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، يفترض تقييمها وفق أحكام الدستور جميعها. وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، غير مقيدة في ذلك بمواطن التعارض التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

([1]) تنص المادة ٣٧ من قانون المحكمة على ما يأتي: <<لكل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات. ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوما التالية لانتهاء الميعاد المبين في الفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوما التالية.

([2]) أنظر في ذلك الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٤٣ جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦، ص ٦٨٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومرد ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -وعلى ما جرى به قضاؤها- تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها. وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيبها دستوريا، أو إلى قيام مآخذ عليها لمخالفتها الدستور، فإنها لا تقنع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي حددتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. ولكنها تجيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتجدد على ضوئها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها.

وهو ما يعني أن تحديد الخصم أو المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى للمخالفة الدستورية المدعى بها، لا يتغيا إلا توكيد جدية المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهرها من نواحي العوار في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور.

ولا يتصور بالتالي أن تكون المخالفة التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، أو التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية، مؤشرا وحيدا أو قاطعا في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تتقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها، فلا تعزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بنيانها([1]).

ثالثا: أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إذ تحيل مسائل دستورية بذواتها إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن قرارها في ذلك ينبغي أن يكون جازما، منبئا عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تتبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

رابعا: أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص الدستور المدعى مخالفتها، لا يفيد بالضرورة خلوها من بياناتها التي تطلبها القانون.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تثيرها، قد تدل بطريق غير مباشر على هذه النصوص، وتعين مواقعها.

([1]) القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٤٣- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- ص٦٨٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

فالذين يقولون بمناقضة النصوص القانونية المطعون عليها، لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلالتها، يحيلون بالضرورة لنص المادة الثانية من الدستور، وإن أغفلوا الإشارة إليها.

والذين ينازعون في دستورية ضريبة فرضها المشرع، يحيلون ضمنا إلى قواعد الدستور التي تضبطها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور.

والذين يطلبون حقهم في الأجر العادل، يركنون بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل باعتبار أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل.

والذين يناهضون التمييز غير المبرر فيما بين المواطنين المتماثلة مراكزهم القانونية، يستنهضون بحكم الاقتضاء العقلي مبدأ تساويهم أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور.

والذين يقولون ببطلان تكوين السلطة التشريعية لعدم حصول العمال والفلاحين على ٥٠% من مقاعدها على الأقل، يقيمون دعواهم -بالضرورة- على مخالفة تشكيلها لنص المادة ٨٦ من الدستور.

خامسا: أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لخلوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يتعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطاع فيها عقلا تحديد موضوعها بما لا تجهيل فيه. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن الإغراق في الشكلية كثيرا ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمان حرياتهم التي كفلها الدستور.

ثانيهما: أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحا، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قام الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل[١].

بما مؤداه ضرورة النظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، كلما كان تحليل عناصرها الواقعية والقانونية، واستفراغ كل جهد في مجال تقييمها، كافلا البصر بحقيقتها، وتجلية مقاصدها بما يحقق الأغراض التي توختها المادة ٣٠ المشار إليها.

---

(١) أنظر في ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

المبحث الثامن

امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تفصل فيها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها

٤٢١- تعتبر المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادة ١٧٤ من الدستور، هيئة قضائية قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية. وهي بوصفها هذا لا تفصل في غير خصومة تتصل بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

وتعلق اختصاصها بالخصومة القضائية دون غيرها، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التى تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيدة بضوابطها، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تدخلها فيما تنفردان به من الشئون التي عهد الدستور إليهما بتصريفها.

وهذه الخصومة التي يتحدد موضوعها بالمسائل الدستورية التي يجوز الفصل قضائيا فيها، لا يجوز رفعها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لقانونها، بعد أن حصر هذا القانون طرق اتصالها بها في أحوال بعينها حددتها المادتان ٢٧و٢٩ من القانون، وبيانها كالآتي:

أولا: أن تحيل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه -والتي تقدر من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور- إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في صحتها أو إبطالها. بما مؤداه أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطها لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقيام شبهة تخالطها بأن عوارا دستوريا قد شابها. وهي تفصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المشار إليها، فلا تتعمق أغوارها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقا مباشرا وحيا لمبدأ الخضوع للقانون. ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تقدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي ينبغي عليها أن تطبقها في النزاع المعروض عليها. وهى قاعدة تحددها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، وتقيد الجهة المحيلة بها، فلا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ الدستور.

ثانيا: ألا تتخذ المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من النصوص القانونية القائمة في نزاع مطروح عليها موقفا إيجابيا، فلا تحيلها من نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. وإنما يثير أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها، أمر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن تقرر ما إذا كان منعاه ظاهر البطلان، أو قائما على شبهة لها أساسها. فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة، كان منعاه جديا لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى بعدئذ للخصم الذى أثار المسألة الدستورية -وخلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة الأشهر- برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها النصوص المطعون عليها. فإذا لم يقم دعواه هذه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة القانون كأن لم يكن، وعديم الأثر بالتالي.

وكلما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى مالا يجاوزها. ذلك أن هذه المدة تعتبر حدا زمنيا نهائيا مقررا بقاعدة آمرة نص عليها البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز الخروج عليها.

وعلى الخصم الذي أثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يتقيد بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها.

ذلك أن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ليختار من بينهما المدة الأطول. وإنما هو ميعاد واحد، هو ذلك الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصوم على سواء.

ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم إليها بزيادة ميعاد حددته ابتداء. إذ يجوز لها دوما أن تمنحه مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة الأولى، بشرط ألا يزيدا معا على الأشهر الثلاثة المشار إليها؛ وأن يكون قرارها بمد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتداخل معها وتعتبر امتدادا لها[1].

---

(1) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٥-ص ٧٠٤ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها

وأيا كان الأمر، فإن كل ميعاد -وعملا بنص المادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية- لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعتبر مجريا للميعاد. وهو هنا القرار الصادر عن المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية. فإذا كان الميعاد منتهيا بعطلة رسمية، امتد بقوة القانون إلى أول يوم عمل بعدها([١]).

ويلاحظ في شأن ميعاد رفع الدعوى الدستورية -وهو ميعاد لا يرتبط إلا بالأحوال التي يكون فيها الدفع بعدم الدستورية محركا لهذه الدعوى- أن هذا الميعاد لا يعتبر من قبيل مواعيد السقوط التي يعرفها قانون المرافعات المدنية والتجارية مقيدا بها الحق في الدعوى أو الطعن، ومؤكدا جريانها إلى أن تبلغ نهايتها دون أن تعترضها عوائق أيا كان نوعها، فلا يجوز وقفها أو انقطاعها. ذلك أن نقطة البداية في مواعيد السقوط جميعها أنها من عمل المشرع، فلا يكون نص القانون إلا مصدرا مباشرا لها.

وارتباطها بالحق في الدعوى أو الطعن مؤداه، انقضاء هذا الحق بانقضاء هذه المواعيد، فلا يعود بفواتها لهذا الحق من وجود.

ولا كذلك ميعاد رفع الدعوى الدستورية، إذ تقرره بنفسها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي ترخص برفعها، لأنها هي التي تحدده بحكمها.

ولا يحول الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم رفعها خلال الميعاد المحدد لها، دون حصول رافعها على ترخيص ثان من المحكمة أو الهيئة المعروض عليها النزاع، لرفعها من جديد.

كذلك فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يعتبر من قبيل الدفوع التي لا تجوز إثارتها إلا أمام محكمة الموضوع، بل يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن، ولو أثير لأول مرة أمام محكمة النقض. ذلك أن الدفوع التي لا يجوز إبداؤها أمام محكمة النقض هي التي لا تتعلق بالنظام العام، أو التي تتعلق به وإنما يخالطها واقع ليس لها أن تخوض فيه إذا لم يكن الحكم

([١]) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ق "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-قاعدة رقم ٢٢-ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

المطعون فيه قد تحراه. ولا كذلك الدفع بعدم دستورية نص قانوني مطروح تطبيقه في خصومة قضائية، ذلك أن المحاكم جميعها مقيدة بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ يلزمها بمراعاة مفهوم التدرج فيما بين القواعد القانونية ترجيحا لأعلاها على أدناها، وتغليبا للدستور بالتالي على ما سواه من القواعد القانونية. يؤيد هذا النظر، أن التعارض بين قاعدتين قانونيتين تزاحمتا فيما بينهما في مجال الفصل في الخصومة القضائية، يقتضي اطراح القاعدة الأدنى بقدر تعارضها مع القاعدة التي تعلوها.

فإذا كانت القاعدة الأعلى هي الدستور، كان على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تقوم لديها شبهة التعارض بين قاعدة قانونية يفترض تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وبين نص في الدستور، أن تستوثق مما إذا كان لهذه الشبهة أساس من الدستور. وسبيلها إلى ذلك إما أن تحيل القاعدة القانونية المدعى تعارضها مع الدستور، مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في دستوريتها؛ وإما أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورية هذه القاعدة، بأن يقيم دعواه الدستورية فصلا في اتفاقها أو تعارضها مع الدستور.

فإن هي لم تلجأ إلى أحد هذين الخيارين رغم قيام الشبهة لديها على مخالفة النصوص القانونية المفترض تطبيقها في النزاع المطروح عليها للدستور، فإن مضيها في نظر هذا النزاع، لا يعدو أن يكون تغليبا منها للقانون على الدستور.

فإذا تعلق الأمر بمحكمة النقض -التي اطرد قضاؤها زمنا طويلا على أن الدفع بعدم الدستورية لا يجوز أن يثار لأول مرة أمامها باعتباره من الدفوع الموضوعية([1])- فإن انحيازها للقانون دون الدستور، مؤداه بالضرورة نقضها الحكم المطعون فيه لخطأ اعتراه في تطبيق أو تأويل النصوص القانونية التي طبقها هذا الحكم في النزاع، ولو قام الدليل على تعارض هذه النصوص مع الدستور.

([1]) نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ -طعن رقم ٤٠ سنة ٥٥ قضائية؛ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٨ - طعن رقم ١٤٣١ سنة ٥٠ق. ويلاحظ أن محكمة النقض عدلت بعد ذلك عن هذا الإتجاه بعد أن انقسمت دوائرها إلى مؤيد للطبيعة الموضوعية للدفع بعدم الدستورية وإلى معارض لها

وهي نتيجة لا يمكن القبول بها. ذلك أن خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون، مؤداه التزامها بالنزول على أحكامه وفقا لترتيبها في مدارج القواعد القانونية. والدستور على قمتها.

ثالثا: ويقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعا، في أن تحيل بنفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه المحكمة نفسها -وعلى ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانونها- في التصدي لدستورية أي نص قانوني يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

وتلك هي رخصة التصدي التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال فض التنازع على الاختصاص أو التناقض بين الأحكام النهائية وفقا للمادتين ٣١ و٣٢[1] من قانونها، أو على صعيد فصلها في الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقا لنص المادة ٢٩ من هذا القانون. ولا تباشر المحكمة الدستورية هذه الرخصة إلا وفق الشروط التى حددتها بنفسها، وحاصلها:

١. أن تتصل النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستوريتها، بنزاع يدخل في اختصاصها، ولا زال قائما أمامها.

ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض بشأنها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بغير خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم بالتالي معنى الخصومة القضائية، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها، سواء لإثباتها أو نفيها. ومن ثم لا يدخل طلب التفسير التشريعى فى مجال تطبيق نص المادة ٢٧ المشار إليها لتجرده من خصائص الخصومة القضائية.

٢. أن تتصل الخصومة الأصلية المطروحة عليها، بنص آخر يؤثر فى المصلحة النهائية للخصومة الأصلية. ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بداية على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها. والفرع هو النص الآخر الذى عوض

---

[1] تنص المادة ٣١ من قانون المحكمة على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانيا من المادة (٢٥). وتقضي المادة ٣١ بأن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند ثالثا من المادة (٢٥).

لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص، التأثير في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية. وهو ما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بإيجابه أن يتصل النص القانوني العارض بالنزاع المطروح أصلا عليها. فإذا لم يكن للنص العارض بالنزاع المطروح أصلا عليها. فإذا لم يكن للنص القانوني العارض من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته، يتجرد من كل فائدة عملية وفقا لنص المادة ٢٧ من قانونها.

٣. أن تقدر المحكمة الدستورية العليا من وجهة نظر مبدئية Prima Facie مخالفة النصوص التي تتصدى لها للدستور. وعليها بمجرد قيام هذه الشبهة لديها، أن تحيلها إلى هيئة المفوضين بها حتى تعد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفاقها أو تعارضها مع الدستور. ثم تفصل المحكمة الدستورية العليا بعد اتصالها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها.

٤٢٢- وعلى ضوء هذه المفاهيم يبدو غريبا ما تصورته المحكمة الدستورية العليا في بدء نشأتها من أن حقها في التصدي يجوز أن يتعلق بنصوص قانونية لا تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة المطروحة أصلا عليها؛ وافتراضها أن النصوص القانونية المشابهة في نصها وفحواها، للنصوص المطعون عليها في الخصومة الأصلية، هي التي تقيم الصلة بينها؛ وتناسيها أن الصلة المقصودة بنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، هي الصلة العملية التي يكون لها مردود على نطاق الترضية القضائية التي تقدمها المحكمة الدستورية العليا للمدعى في الخصومة الأصلية؛ وإعراضها كذلك عن حقيقة أن تصديها لنصوص قانونية للفصل في دستوريتها وفقا لنص المادة ٢٧ من قانونها، ما كان ليثور أصلا لو لم تكن هذه النصوص متصلة بالخصومة الأصلية بما يؤثر في بنيانها وكيفية جريانها، إذ هي خادمة لها وتطور من أبعادها([1]).

([1]) في الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق التي صدر الحكم فيها -بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٢- قاعدة رقم ١٠ -ص ٥٦ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، كان النص المطعون بعدم دستورية هو نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة التي لم تجز الطعن في قرارات نقل أعضاء مجلس الدولة وندبهم أمام المحكمة الإدارية العليا. وإذ حظر نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية كذلك الطعن في قرارات نقل رجال القضاء والنيابة العامة وندبهم أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أن النصين متشابهين، ومن ثم قررت التصدي للنص الثاني لتشابهه مع النص الأول.

٤. أن زوال الخصومة الأصلية يفيد بالضرورة انتفاء رخصة التصدي بعد أن لم يعد ثمة محل لإعمالها([1]).

٥. ولبيان حدود تطبيق نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، نفرض أن شخص طعن بعدم دستورية نص قانونى فرض ضريبة بالمخالفة للدستور. وعندئذ يحدد النص القانونى الذى فرض هذه الضريبة، نطاق الخصومة الأصلية القائمة أمام المحكمة. فإذا تبين للمحكمة من قراءة قانون الضريبة أن نصا أخر يمنع استردادها بمضى سنة من تاريخ دفعها، فإن النص المانع من استرداد الضريبة يشكل الخصومة الفرعية التى تتصل بالنزاع الأصلى المعروض على المحكمة. فإذا تصدت المحكمة للفصل فى هذه الخصومة الفرعية، فذلك بالنظر إلى أن نتيجة الفصل فى الخصومة الفرعية تؤثر بالضرورة فى الخصومة الأصلية.

ذلك أن المدعى فى الخصومة الأصلية لن يستفيد من الحكم الصادر بإبطال الضريبة إلا إذا استطاع استردادها. فلا يكون إبطال النص المانع من ردها إليه، إلا كافلا اجتناء المنفعة النهائية التى يتوخها المدعى فى الخصومة الأصلية من إبطال الضريبة التى فرضها المشرع بالمخالفة للدستور.

([1]) أنظر في ذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٧ق "تفسير" -جلسة ١٩٩٥/١٠/٢١- قاعدة رقم ٢-ص ٨٢١ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث التاسع
طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية
التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا

٤٢٣- على أن للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية طرائق أخرى في بعض الدول هي الدعوى الأصلية بعدم الدستورية؛ والأوامر الصادرة في شأن مشروعية احتجاز البدن؛ والأوامر التي تصدرها السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية، لتمنعها من تطبيق قانون معين، أو لتلزمها بأداء عمل. ثم أخيرا نوع من الأحكام القضائية يصفونها بالأحكام التقريرية على تقدير أن غايتها مجرد بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها، وتعيين صاحبها.

المطلب الأول
الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٤٢٤- هي الطعن المباشر في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، ولو لم يجر تطبيقها في حق المدعى فى الخصومة الدستورية، حتى يثار أمر إضرارها به بصورة فعلية.

وليس للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كذلك من صلة بحقوق شخصية يكون رافعها قد طلبها في نزاع موضوعي، وإنما تتجرد الدعوى الأصلية من هذا النزاع، وكذلك من الحقوق التي ترتبط به فصلا في ثبوتها أو تخلفها.

ولم تجز المادتان ٢٧و٢٩ قانون المحكمة الدستورية العليا، الطعن بطريق مباشر في النصوص المدعى مخالفتها للدستور. ذلك أن هاتين المادتين نظمتا طرائق اتصال الخصومة الدستورية بها، على الوجه الذى مر بيانه. وهي طرائق لا بديل عنها، ولا تفيد جواز الطعن بالطريق المباشر في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بقصد إبطالها إبطالا مجردا.

ولا يعتبر قصر الحق في الخصومة الدستورية على هذه الطرائق، إخلالا بالحق في التقاضي، إذ هو حق غير مطلق، وإنما يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد -بماهيتها أو بأبعادها- من جوهره([1]).

ومن صور الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أن تقام أمام المحكمة الدستورية العليا دعوى دستورية لم ترخص محكمة الموضوع برفعها إليها([2])، أو أن يثار النعي بمخالفة نص قانوني للدستور لأول مرة أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا([3]).

٤٢٥- وأيا كان طريق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن المسائل الدستورية التي تواجهها، هي تلك التي ترتبط بنزاع قائم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. بيد أن من يناهضون شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، يركزون على المهمة الخاصة Special function التي تتولاها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، والتي يبلورها ضرورة تطبيقها للقيود التي فرضها الدستور -وفي حدها الأدنى- علىّ الأعمال التشريعية جميعها، وأن مهمتها هذه تمثل جوهر اختصاصاتها، وتكفل على الأخص صون القيم التي أحتضنها الدستور، والتي لا يجوز إهمالها؛ ولا تعليق إنفاذها على خصومة موضوعية يقيمها المدعى للدفاع عن مركزه القانوني الخاص.

وهم يؤسسون ذلك علي أن الخصومة الدستورية تغاير الخصومة الموضوعية في بنيانها وأهدافها. فلكل منهما مجال يتحدد به موضوعها، وأسلوب للفصل فيها، ومعايير تقتضيها غلبة الطبيعة الشخصية على الخصومة الموضوعية، والطبيعة العينية على الخصومة الدستورية. ولا يجوز بالتالي أن يكون وجود أولاهما قيدا على نشوء ثانيتهما. وهو ما يجعل لكل مواطن صفة مفترضة في تجريح النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو لم تتصل بنزاع موضوعي؛

([1]) "دستورية عليا " القضية رقم ١١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤- قاعدة رقم ٢٥ -ص٢٩٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة أول يناير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٢ -ص١٢٤ وما بعدها من الجزء السادس.

([3]) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ٨/١٣ -ص ٢٣٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومصلحة مفترضة في إسقاط هذه النصوص تغليبا لسيادة الدستور. وهو ما نراه محل نظر. ذلك أن الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإن كانت تبلور تطورا هاما ورئيسيا في بنيان الشرعية الدستورية، وكان بالإمكان تنظيم شروط رفعها بما يحول دون إساءة استخدامها، وعلى الأخص من جهة تحديد صور مباشرتها، وكذلك من يملكون الحق في تحريكها؛ إلا أن هذه الدعوى تظل استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي تفترض قيام صلة منطقية بين المركز الخاص للمدعى في الخصومة الدستورية، والمسائل الدستورية التي طرحها الفصل فيها. وهي صلة يؤيدها أن جهات القضاء على اختلافها، لا يعنيها غير تطبيق القوانين القائمة في مجال اتصال أحكامها بحقوق يطلبها أصحابها لأنفسهم لتعود عليهم فائدتها، وإلا كان العدوان على الدستور فيما وراء هذه الحقوق، أدخل إلى المحاسبة السياسية التي لا شان لها بالوظيفة القضائية.

هذا فضلا عن أن المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقا لقانونها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية. ويظل دوما بيد المشرع أن يسقط هذا الشرط في كل تطبيقاته؛ أو أن يقرره كقاعدة مطلقة لا استثناء منها؛ أو أن يكفل بقاءه في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا -وكلما كان التحقق من هذا الشرط مطلوبا منها وفق قانونها- تحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان تزمتها في تحديد هذا المضمون لا يليق بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحرياتهم.

وأولى بها أن يكون اقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازنا من خلال قدر من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره، وعلى الأخص عند هؤلاء الذين يرون أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتصل اتصال قرار بالرقابة على الشرعية الدستورية، ولا ترتبط بالضرورة بضوابط ممارستها. وإن قيل ردا عليهم بأن شرط المصلحة في الدعوى يرتبط بالحق فيها، وهو حق يملك المشرع تنظيمه بما لا يجرده من محتواه.

ويظل ثابتا أن القوانين المنظمة للسلطة القضائية، لا تخول أحدا أن يلج أبوابها دون فائدة عملية يجنيها من دعواه وفقا للقانون، وإلا صار القضاء محرابا علميا يتدارس فيه المتداعون أوضاع مجتمعهم، أو معبدا دينيا يباشرون فيه طقوس عقائدهم، لا إطارا للفصل في خصوماتهم بقصد إيجاد حلول لها بما يصون الأمن الاجتماعي.

يؤيد هذا النظر أنه حتى عندما اتخذت الرقابة على الشرعية الدستورية شكل رقابة الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للدستور، دون الحكم بإبطالها؛ فإن مجال هذه الرقابة كان منحصرا في الفصل فى دستورية النصوص القانونية التي يزاد تطبيقها في نزاع موضوعي فصلا في حقوق يراد إثباتها، ويعارضها خصماء يسعون لنفيها.

المطلب الثاني
الأوامر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن
Writs of Habeas Corpus

٤٢٦- قد تفوض السلطة التشريعية السلطة القضائية في أن تفصل من خلال أوامر تصدرها في مشروعية احتجاز البدن. وهذا الإجراء يخول كل شخص أدين عن جريمة أو احتجز بدون حق، أن ينازع في مشروعية أو دستورية تقييد حريته، وأن يقيم منازعته هذه على الدعائم التي تؤيدها، والتي يندرج تحتها، أن يكون قد أدين بناء على نصوص اتهام تناقض الدستور؛ أو لأن قضاء الحكم صدر عن محكمة لا ولاية لها بنظر الدعوى الجنائية؛ أو لها ولاية نظرها ولكن الحكم الصادر فيها أهدر حقوق المتهم التي كفلها الدستور، كتلك التي تتعلق بمواجهته بالتهمة بكل الوسائل القانونية.

ومنذ الماجنا كارتا، كان صون الحرية الشخصية من المسائل المفروغ منها؛ وكان الفصل في مشروعية احتجاز البدن من الحقوق التي يملكها كل بريطانى في إنجلترا باعتباره إجراء عاجلا وفعالا في اختبار ما إذا كان احتجازه موافقا أو مخالفا للقانون والدستور([1]). ونظر آباء الدستور الأمريكى إلى الحق فى تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع باعتباره أعلى ضمانة لصون الحرية([2]) وأفضل امتياز لا يجوز وقفه إلا لضرورة تتعلق بصون الأمن العام في حالة العصيان أو الغزو([3]) Cases of rebelion or invasion.

([1]) Habeas Corpus Act of 1679.

([2]) Smith v. Bennett, 365 U.S. 708 (1961).

([3]) انظر الفصل التاسع من المادة الأولى من الدستور الأمريكى.

٤٢٧- وعلى امتداد العصور، صار هذا الامتياز، القانون العام للحرية، بما يخول المحاكم استدعاء السجناء والتحقيق فى مشروعية احتباسهم، وإلا تعين الإفراج عنهم. وقررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى عبارة قاطعة، ضرورة صون هذا الامتياز من كل العوائق باعتبار أن ضمانه يعتبر واجبا حيويا([1]).

ومنذ ١٨٦٧ تقرر تطبيق ذلك الامتياز فى أمريكا على الصعيد الفيدرالى لضمان إطلاق سراح السجناء الذين احتجزتهم السلطة المحلية فى الولاية بالمخالفة للدستور الفيدرالى أو للقوانين أو المعاهدات الفيدرالية، على أن يتم تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع حال الإخلال بالحقوق الأساسية للإنسان، وعلى الأخص تلك المنصوص عليها فى الدستور الفيدرالى([2]) سواء كان الشخص محتجزا فى ولاية، أو عن طريق السلطة الفيدرالية.

ذلك أن التدخل في حريته بما يهدر هذه الحقوق -ويندرج تحتها حق الشخص ألا يحاكم عن ذات التهمة أكثر من مرة، وفى أن يحصل على مشورة محام([3])- عدوان عليها يتعين أن تعمل السلطة القضائية الفيدرالية، على رده عن كل مواطن، ولو كان مقيما في ولاية، محتجزا في سجونها أو معتقلا بها، وبشرط ألا يصدر أمر الإفراج عن السلطة الفيدرالية إلا إذا استنفد المتظلم الوسائل التي توفرها الولاية، والتي يتقرر على ضوئها ما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

فإذا لم يكن ثمة وجود لهذه الوسائل أصلا في الولاية، Non – existant أو كانت هذه الوسائل غير ملائمة بصورة ظاهرة Clearly inadequate، أو لا تزيد عن مجرد آمال زائفة لا طائل من ورائها في رد الحرية المقيدة إلى أصحابها، Nothing but a procedural morass offering no substantial hope for releif أو كان الدليل على بطلان تقييد الحرية سواء عن طريق السجن أو الاحتجاز غير المشروع، قد ظهر بعد انقضاء المواعيد التي حددتها قوانين السلطة المحلية

([1]) Bowen v.Johnston 306 U.S. 19, 26, 83 (1939).

([2]) Rogers v. Peck, 199 U.S. 425 (1905).

([3]) Re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889); johnson V. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

لمراجعتها في إجراءاتها؛ أو كان السجن أو الاحتجاز في الولاية قد تم بناء على أوامر من السلطة الفيدرالية -بما في ذلك محاكمها- فإن استنفاد الوسائل المحلية لا يكون مطلوبا([1]).

٤٢٨- وما تقدم مؤداه أن الأمر القضائي الفيدرالي بإنهاء الاحتجاز غير المشروع، قد يتعلق بأشخاص أدانتهم المحاكم الفيدرالية، أو بأشخاص محتجزين في ولاية بدون حق، وذلك سواء كان تقييد الحرية في الحالتين ناجما على الأخص عن مخالفة نص التعديل الرابع للدستور الأمريكي الذي يؤمن الناس في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم ومتعلقاتهم، ضد التفتيش والقبض غير المشروع؛ أم كان مترتبا على مخالفة التعديل الرابع عشر لهذا الدستور الذي يحظر على أية ولاية حرمان أي شخص من الحق في الحياة أو من ملكيته أو من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة([2]) The due process of Law.

وكذلك إذا نقض الاعتقال أو الاحتجاز أو غيرهما من صور تقييد الحرية، حق الشخص في محاكمة سريعة منصفة؛ وفي ألا تقام ضده دعوى جنائية قبل اتهامه من هيئة المحلفين العليا إذا كان صدور الاتهام على هذا النحو مقررا قانونا([3]). وللمحاكم الفيدرالية في حدود سلطتها التقديرية، أن تسقط حق الشخص في الانتفاع من امتياز تحرير البدن من القيود، إذا وجدت دلائل كافية على أن لاحتجازه وجها مشروعا، ولو كان قرار الاحتجاز مشوبا بالخطأ. وكذلك إذا قد تعمد مجاوزة الإجراءات المعمول بها في محاكم الولاية، وصادر بالتالي بفعله الترضية التي تمنحها هذه المحاكم.

([1]) Morino v.Ragen, 332 U.S. 561 (1947); Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963).

ويلاحظ أن لكل شخص رفض بغير حق طلبه بالإفراج عنه بكفالة، أن يتمسك بامتياز تحرير البدن من القيود ليدفع تلك الكفالة، ويؤمن بها إطلاق سراحه. ولا يجوز في المحاكمة الجنائية أن يتمسك شخص بهذا الامتياز قبل المحاكمة ولو ادعى مخالفة القانون الذي أتهم بمقتضاه للدستور إذ يتعين أولا أن تتم محاكمته في إطار سيرها الطبيعي، وأن يستنفد كل الوسائل المحلية لضمان الإفراج عنه، فإن لم تجد نفعا كان له عندئذ التمسك بضمانة تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Johnson v.Hoy. 227 U.S. 245 (1913).

([2]) Antieau, Modern Constitutional law, volume one, 1969, pp. 435-441.

([3]) Fay v.Noia, 372U.S. 391, 409 (1963); Ey parte Bain, 121 U.S. 1, 30 (1887).

ولئن كان حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المبرر، يخول السلطة القضائية الفيدرالية أن تجيل بصرها في مشروعية الاحتجاز؛ وكان الدستور الأمريكي قد خلا من كل نص يودع هذا الاختصاص في المحاكم الفيدرالية دون غيرها، إلا أنها تفسر مباشرتها إياه على وجه الانفراد، بالسلطة المخولة لها بمقتضى التنظيم القضائي الصادر في ١٧٨٩ وهو تنظيم يخول المحاكم الفيدرالية التحقق من مشروعية احتجاز الأشخاص المقيدة حريتهم وفقا لقوانين أية ولاية.

ولا يلزم أن يكون هؤلاء الأشخاص مسجونين، بل يكفي أن يكون إطلاق سراحهم مقيدا بشرط الكفالة، أو بشرط المراقبة، أو بغير ذلك من القيود التى لا يندرج فى إطارها ما يدعيه المتهم من أن الأدلة على ثبوت الجريمة التى اتهم بها ودين بسببها، غير كافية([1]).

ولا يرتبط الاحتجاز غير المشروع، بالاعتقال أو بالإيداع في مخفر. فالأشخاص المودعون فى مصحة عقلية بالنظر إلى جنونهم أو لعاهة فى العقل أصابتهم، يشملهم امتياز تحرير البدن، ويجوز بالتالي إنهاء احتباسهم إذا كان إيداعهم فى هذه المصحة باطلا أصلا، أو كان صحيحا ابتداء ثم طرأت عناصر واقعية تحتم الإفراج عنهم. فالمجنون قد يحتجز فى مصحة عقلية بناء علي سند قانوني Legal Foundation إذا فقد عقله. فإذا أفاق من جنونه، دل ذلك علي أن تغييرا واقعيا طرأ علي حالته A factual foundation بما يسوغ إنهاء احتجازه. ذلك أن الأثر المباشر لاحتجاز قام الدليل –قانونا أو واقعا– علي بطلانه، هو إنهاؤه([2]).

ويجوز كذلك الإفراج عن الأشخاص الذين أدمنوا تعاطى الخمور، إذا كان احتجازهم فى الأماكن التى أودعوا بها، قد تم جبرا عنهم، وبالمخالفة لضماناتهم المقررة قانونا، والتى تتغيا التحقق من حالتهم، ودرجة خطورتهم على الأمن العام.

ولا يجوز بالتالي اللجوء إلى نظام تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Habeas Corpus إذا كان ما توخاه الطاعن، هو الفصل في مسائل قانونية ليس من شأنها إنهاء هذا الاحتجاز فورا، ولو قضى فيها لمصلحته.

([1]) Stallings v. Splain, 253 U.S.339 (1920); Harlan v. McGourin, 218 U.S. 442 (1910).

([2])Antieau, ibid, p. 442.

ذلك أن الوظيفة الوحيدة لتحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، هي إطلاق سراح المحتجز دون إبطاء، ومع ملاحظة أنه حتى لو أطلق سراح المعتقل بعد تنفيذه للعقوبة المحكوم بها عليه، فإن لهذه العقوبة آثارا جانبية Collateral Consequences تسوغ إنهاءها من خلال الطعن على الحكم الصادر بالعقوبة للفصل في دستوريته.

وليس تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، نظاما بديلا عن الطعن استئنافيا في الحكم؛ ولا طريقا لمراجعة أخطائه وتصويبها، ما لم يكن من شان هذه الأخطاء -حال ثبوتها- أن تصير عملية الاحتجاز بكل جوانبها عملا غير مشروع وفقا للقوانين الفيدرالية.

وتتحدد مشروعية هذا العمل في كل قضية بالنظر إلى واقعاتها، وعلى ضوء حكم القانون فيها([1]).

وينبغى أن يلاحظ أخيرا أن الدستور الأمريكى وإن أجاز وقف امتياز تحرير البدن من الاحتجاز غير المبرر فى حالتى الغزو والعصيان، إلا أن الكونجرس وحده هو الذى يملك هذه السلطة، فلا تباشرها السلطة التنفيذية بغير تفويض من الكونجرس، ولآجال محددة، وفى مواجهة أوضاع بعينها يكون زوالها منهيا وقف هذا الامتياز.

([1]) Whitelly v. Warden , 401 U.S. 560, 569 (1971).

تصدر المحاكم الفيدرالية أمرها بالإفراج فورا عن الشخص الذي ثبت بطلان احتجازه واقعا وقانونا ما لم تقرر سلطة الاتهام إعادة محاكمته خلال فترة زمنية محددة.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, 1996, p.641.

المطلب الثالث

الأوامر الوقائية Injunctions [1]

٤٢٩- كان نطاق إصدار هذه الأوامر، injunctions محدودا أول الأمر، وحذرا، ثم صار اليوم عريض الاتساع خاصة على صعيد علائق العمل والتجارة، وكذلك فيما يختص بالشئون المالية La Fiscalité. ذلك أن هذه الأوامر تبلور صورة من الترضية الوقائية أو العلاجية، غايتها أصلا ردع السلطة التنفيذية عن تصرفاتها في مقبل الأيام. فلا شأن لها بأوضاع منقضية. ومن ثم تتوخى هذه الأوامر منعها من أداء أعمال تهدد بها، أو تعلن عن عزمها القيام بها، أو تكليفها بالامتناع عن المضي فيها، أو إلزامها بأن تزيل أضرارا أحدثتها، أو تصحح أخطاء ارتكبتها([2]).

المطلب الرابع

الأحكام التقريرية([3]) Declaratory Judgments

٤٣٠- وإذا كان محظورا على جهة الرقابة على الدستورية، أن تقدم نصيحتها إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية إذا استشارتها إحداهما في مسائل من طبيعة مجردة، أو فرضية، أو غير محققة Abstract, Hypothetical and Contingent questions ضمانا لأن تتقيد بحدود

([1]) عرف قاموس Black في ص ٧٨٤ من الطبعة السادسة (١٩٩٠) أوامر المنع بأنها تلك التي تصدر عن محكمة بقصد منع شخص من القيام بعمل معين، أو تكليفه بأن يزيل خطأ أو ضررا.

A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or inquiry

وهي بذلك تمنع شخصا من إتيان عمل يهدد به أو يتجه لارتكابه. وقد يكون هدفها كبحه عن الاستمرار فيه. ويصدر هذا الأمر لصالح شخص Inpersonum متطلبة من الشخص الذي وجهت إليه بأداء أو الامتناع عن أداء أي شئ محدد. ولا تتعلق هذه الأوامر في كل صورها بأخطاء منقضية وإنما بأفعال مستقبلية. ومن ثم تتمحض عن أوامر تستهدف توقي الضرر والمنع Preventive remely.

([2]) Charles Debbosch; Jean – Marie Pontier; Jacques Bourdon; jean – Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, p.86.

([3]) يعرفها Black في ص ٤٠٩ من قاموسه القانوني السابق بأنها إجراء يتوخى به المدعي في دعوى يجوز الفصل قضائيا فيها، مجرد تحديد مركزه وحقوقه القانونية المتعلقة بها.

Statutory remedy for the determination of a justiciable cotroversy where the plaintiff is in doubt as to his legal rights.

وظيفتها القضائية([1])، التي لا تتعلق إلا بمسائل بلورها خصماء يتنازعون عليها، وتتصادم مصالحهم بشأنها، بما يحدد جوانبها وزواياها المختلفة على نحو ييسر جهة الرقابة على الدستورية بها، ويحيطها بعناصرها وتعدد أوجهها([2]) Multi- faced situations؛ وكان تعلق الخصومة الدستورية بحقوق يتصارع أطرافها عليها، ويحددون أبعادها، ويفصلون وقائعها، ويقيمون حججها، يضيئها، ويحدد كذلك لجهة الرقابة القضائية على الدستور نقاط التوافق والتعارض في الحقوق المتنازع عليها؛ فإن هذه الخصومة -بخصائصها تلك- تكون مدخلا وحيدا للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها([3]).

على أن المدعى في الخصومة الدستورية يكون عادة بالخيار بين أمرين: فهو إما أن يجلبها إلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية متوخيا بها رد عدوان على حقوق متنازع عليها في هذه الخصومة من خلال ترضية قضائية تزيل الآثار المترتبة على الإخلال بها بصفة كاملة ونهائية. وهذه هي الترضية القضائية في صورتها التقليدية، وإما أن يقصر طلبه فى دعوى يقيمها على مجرد تقرير ما إذا كان محقا فيها.

وهذه هي الترضية القضائية التي تكفلها جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق إصدارها حكما تقريريا لا يبطل النصوص القانونية المطعون عليها، ولا يجردها من آثارها، ولا يعطل قوة نفاذها، وإنما يقتصر على مجرد تقرير اتفاقها أو تعارضها مع الدستور، دون زيادة أو نقصان. كأن يتحوط أحد الممولين في مواجهة ضريبة فرضها المشرع بالمخالفة للدستور، فلا يقيم الخصومة الدستورية لإبطالها، وإنهاء آثارها، من خلال إعدام النصوص القانونية التي أنشأتها، وإنما يقتصر طلبه على دعوة جهة الرقابة على الدستورية لأن تقرر من خلال الخصومة

([1]) Willing v .Chicago Auditorium Association, 277 U.S. 274 (1928).

([2]) United States v. Freuhauf , 365 U.S. 146 (1961).

([3]) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إن عبارة الخصومة الدستورية، مكونة من كلمتين وتبلور قيدين، وإن تكاملا. إلا أنهما مختلفين. فمن ناحية مؤدى هاتين الكلمتين إلزام المحاكم بألا تفصل في غير خصومة تبلغ حدة النزاع فيها أبعادا حقيقية، ويكون موضوعها قابلا للفصل فيه ومن ناحية أخرى فإن هاتين الكلمتين تفصلان الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية والتنفيذية، وتحولان دون أن تقحم المحاكم نفسها في أعمال عهد الدستور بها إلى هاتين السلطتين.

Flast v. Cohen, 392U.S. 83, 94-97 (1968).

التي رفعها، اتفاق هذه الضريبة خصائصها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. وعلى الهيئة القائمة على تنفيذ قانون الضريبة، أن تتربص الحكم الصادر في هذا النزاع، وإلا كان مضيها في تطبيق هذا القانون قبل ذلك الحكم، عملا مخالفا للدستور.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الطعن على ذلك القانون لا يعتبر كالدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاع في خصومة قضائية قائمة، إذ هو طعن مباشر على نصوص قانونية نافذة. ولا يعتبر الحكم الصادر في هذا الطعن من قبيل الآراء الاستشارية التي تقدمها جهة الرقابة على الدستورية إلى السلطة التي تطلبها منها في شأن مسائل دستورية تطرحها عليها في صورة مجردة. وإنما يعتبر هذا الحكم صادرا في خصومة بمعنى الكلمة(١)، مقررا ما لكل من أطرافها من حقوق اختلفوا عليها فيما بينهم. ويظل الحكم تقريريا، ولو كان بالإمكان الحصول على ترضية قضائية من وجه آخر.

ومن ثم تفارق الأحكام التقريرية، الآراء الاستشارية من جهة خصائصها وآثارها، ولكنها تتوافق معها من زاوية امتناع تنفيذها بالوسائل الجبرية Execution by Coercive Order(٢).

ولئن جاز القول بأن الأصل في النصوص القانونية المطعون عليها في الخصومة الدستورية، أن يكون تجريحها وإدعاء مخالفتها للدستور من خلال دفع يطرح كوسيلة دفاع في نزاع موضوعي، إلا أن الخصومة الدستورية التي يكون موضوعها إصدار حكم يقتصر على بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها بما يثبتها لأصحابها، أو ينفيها عمن يدعونها، تتحول في مضمونها إلى طعن مباشر على النصوص القانونية التي تتعلق بها هذه الحقوق.

وقد عارض القضاء الأمريكي في البداية إصدار أحكام تقريرية بوصفها قضاء شبيها بالآراء الاستشارية صادرا في غير خصومة حقيقية، بما يخرجها عن إطار الوظيفة القضائية؛ إلا أن هذا القضاء انحاز بعد تردد إلى مفهوم الأحكام التقريرية. ومن ثم أصدر الكونجرس الأمريكي تشريعا ينظمها، ويخول السلطة القضائية الفيدرالية حق إصدارها بشرط أن تقيمها على وقائع

---

(1) Albama state federation of labor v.McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

(٢) أنظر في ذلك نورمان ردلش؛ وبرنارد شوارتز؛ وجون أناتاسيو في ص ٢٢، ٢٣ من طبعة ١٩٩٧ من مؤلفهم:

Understanding Constitutional Law.

ثابتة Established Facts Upon، قائمة فى خصومة قضائية يقتصر محلها علـــى بيـــان حقـــوق أطرافها، ولو كان في نيتهم الحصول فيما بعد على ترضية قضائية إضافية، أو كـــان بوســـعهم الحصول عليها(١).

Whether or not further relief is or could be sought.

وتطبيق هذه الشروط فى شأن الأحكام التقريرية، مؤداه أن الحق فى إصدارها ليـــس مـــن الحقوق المطلقة، وإنما يجوز أن يقيد المشرع إصدارها بما يراه ضروريا أو ملائما من القيـــود، كأن يمنعها إذا كان هدفها تعويق تحصيل ضريبة فرضها(٢)، وكأن يشترط محكمة ثلاثية التشكيل لإصدارها إذا تعلق موضوع الأمر بتحديد الأسعار(٣) أو بمنازعات العمال(٤).

---

(1) NASHVILLE, C. V.WALLACE , 288 U.S. 249 (1933).

وتتخلص وقائع هذه القضية في أن المحكمة العليا للولايات المتحدة، كانت قد قبلت مراجعـــة حكـــم تقريـــري أصدرته إحدى الولايات. وقد قضت المحكمة العليا بجواز إصدار هذا الحكم مستندة في ذلك إلى وقـــائع القضيـــة وحاصلها أن شركة كانت مهددة بضريبة تدعى مخالفتها للدستور من جهة عبئها على تدفق التجارة بين الولايـــات، وأن مثل هذا النزاع لا يعتبر فرضيا، بل واقعيا، وأن حق محاكم الولايات في إصدار أحكام تقريرية، مقيد بطلـــب المدعين حقوقا يتمسكون بها ويعارضهم المدعى عليهم في استحقاقهم لها.

See also, E.g., Currin v.Wallace, 306 U.S.1 (1939; Ashwander v.TVA, U.S. 288 (1936) ; Evers v.Dwyer, 358 U.S 202 (1958).

(2) 26 U.S.C. S 7421 (a).

(3) Lockerty v.Philips, 319 U.S. 182 (1943).

(4) See F.Frankfuter and 1. Grean, The Labor Injunction (New York; 1930).

المبحث العاشر
عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر المحكمة الأدنى قرارا نهائيا فيها

٤٣١- تتوزع الرقابة القضائية على الدستورية في الدول الفيدرالية بين السلطة القضائية الاتحادية من جهة، والسلطة القضائية المحلية في النطاق الإقليمي لكل ولاية من جهة أخرى. ومن ثم لا تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة تعلو النظام القضائي بكل مفرداته. وإنما تباشر المحكمة الاتحادية الأعلى في ربوع الاتحاد جميعها، رقابتها على المحاكم الأدنى بوصفها درجة استئنافية.

وشرط ذلك أن تصدر المحكمة الأدنى قرارا نهائيا في الخصومة المطروحة عليها. ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان فاصلا بصفة قطعية في حقوق أطرافها، وبما يقيدهم جميعا بمضمونه. فإذا كان القرار غير ملزم لهم، أو كان نفاذه معلقا على تصديق جهة إدارية، أو كان غير فاصل في الحقوق المدعى بها سواء بإثباتها أو بنفيها، فإن المحكمة الاتحادية الأعلى لا تباشر رقابتها على الخصومة التي نظرتها المحكمة الأدنى.

وليس شرطا لنهائية القرار الصادر في هذه الخصومة، أن يكون قابلا للتنفيذ جبرا. ذلك أن قابلية الأحكام القضائية لتنفيذها جبرا، وإن كان أصلا فيها يلازم الصورة الطبيعية لمجراها، إلا أن من الأحكام القضائية كالأحكام التقريرية، ما يقتصر على مجرد الفصل فيما إذا كان المدعي محقا أو غير محق في دعواه. ومن ثم لا تعتبر خاصية تنفيذ الأحكام جبرا، جزءا من مكوناتها، ولا عنصرا جوهريا في الوظيفة القضائية([1]).

While the Ordinary course of judicial procedure results in a judgment requiring an award of process or execution to carry it into effect, such releif is not an indispensable adjunt to the exercise of the judicial function.

ومن المقرر قانونا أن لكل ولاية السلطة التي تخولها أن تحدد بنفسها طرائق اتصال المسائل الدستورية بمحاكمها، وكيفية مناقشتها، وأحوال الطعن استئنافيا في الحكم الصادر فيها.

([1]) Nashville C, and St. L.Ry v. Wallace, 288 U.S. 249, (1933).

ولا يجوز بالتالي أن يثير خصم أمام محاكمها مسائل دستورية إلا وفق القواعد الإجرائية التي فرضتها تشريعاتها كإطار للفصل فيها، وإلا اعتبر متخليا عن الحقوق الفيدرالية التي يدعي الإخلال بها. وإلى المحكمة الفيدرالية الأعلى في ربوع الاتحاد، يعود أمر الفصل فيما إذا كان عدم تقيد الخصم بالقواعد الإجرائية التي فرضتها الولاية للحصول على الحقوق الفيدرالية، يعتبر تخليا عنها([1]). ذلك أنه مما ينافي التخلى عن هذه الحقوق، أن تفتقر القواعد الإجرائية التي حددتها الولاية لاقتضائها، إلى الحد الأدنى من الفرص المعقولة للحصول عليها، كسماع أقوال الخصم وتحقيق دفاعه.

وللولاية بالتالي أن تجعل إثارة المسائل الدستورية مقصورة على وسيلة دون أخرى، أو في مرحلة زمنية تعينها. فذلك مما يدخل في سلطتها([2]).

ويتعين دوما أن يحدد الخصم بصورة جلية المسائل الفيدرالية التي طرحها على محاكم الولاية للفصل فيها، وأن يبين كذلك أسسها بما لا تجهيل فيه، حتى تبصرها محكمة الولاية بأكبر قدر من التحديد، وفي الوقت الملائم لعرضها.

وينبغي أن يلاحظ أن للكونجرس السلطة الكاملة التي يقرر بها اختصاص المحاكم الفيدرالية دون غيرها بالفصل في المسائل الفيدرالية، ويندرج تحتها سلطته في نقل المسائل الفيدرالية من محاكم الولاية إلى المحاكم الفيدرالية، كلما وجد ذلك ملائما.

٤٣٢- وما تقدم مؤداه: أن القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يختص بمراجعة قضاء الولاية إلا إذا صدر حكم عنها في المسائل الفيدرالية. أما المسائل المحلية للولاية، فلا شأن للقضاء الفيدرالي بها، وهو ما يكفل لكل ولاية استقلالها قضائيا وتشريعيا. وكان منطقيا بالتالي أن تحظر القوانين الفيدرالية على المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تفصل في مسائل محلية تتعلق بالولاية، كالفصل في مشروعية قراراتها الصادرة وفقا للنظم المعمول بها فيها. وحتى بالنسبة إلى المسائل الفيدرالية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لا اختصاص لها بنظرها، إذا قام الحكم الصادر في الولاية على دعامتين إحداهما فيدرالية وأخراهما

([1]) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

([2]) Williams v.Georgia 349 U.S. 375, (1955).

غير فيدرالية، وذلك بشرط أن يكون للدعامة غير الفيدرالية ذاتيتها واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية بما يسوغ عقلا فصلها عنها؛ وأن تكون الدعامة غير الفيدرالية ملائمة وكافية وحدها لتأسيس قضاء الحكم عليها.

ويعتبر شرط ملاءمة الدعامة غير الفيدرالية، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية، ضمانا لحماية مصلحة الولاية في تطبيق وتطوير تشريعاتها الإجرائية والموضوعية.

فلو أن حكما صدر لمصلحة المتهم بناء على كل من دستور الولاية ودستور الاتحاد، فإن مراجعة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لهذا الحكم، لا تجوز نزولا منها على قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الولايات من جهة، والقضاء الفيدرالي من جهة أخرى. ذلك أن هذه القواعد بضوابطها تتوخى ما يأتي:

١. ضمان استقلال قوانين الولايات وتوكيد ذاتيتها، بما في ذلك تطبيقها لدساتيرها المحلية التي قد توفر لمواطنيها حقوقا أكثر شمولا من تلك التي ينص عليها دستور الاتحاد.

٢. ضمان سمو القوانين الفيدرالية وتوحيد تطبيقاتها من خلال تقويم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، لأخطاء محاكم الولاية في شأن الأسس الفيدرالية التي تقيم أحكامها عليها.

٣. دعم النظام السياسي في الولاية من خلال تنحية أحكامها القائمة على تطبيق القوانين الفيدرالية بما يناقض قواعدها.

على أن القرينة تعمل دائما في اتجاه تخويل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سلطة مراجعة قضاء الولاية إذا كان الحكم الصادر فيها يرتكز بصفة رئيسية على القانون الفيدرالي؛ أو يزاوج بين القوانين الفيدرالية والقوانين المحلية، وكان ظاهر الحكم لا يدل على ملاءمة الدعامة غير الفيدرالية التي استند إليها، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية. وهو ما يتحقق إذا صدر الحكم بافتراض أن مضمونه لا ينافي القوانين الفيدرالية، وإنما يطابقها([1]).

([1]) Michigan v. long 463 U.S. 1032 (1983)

وينبغي أن يلاحظ أن القوانين الإجرائية المعمول بها في الولاية، هي التي تحدد الكيفية التي تقدم بها المسائل الفيدرالية إلى محاكم الولاية، ما لم يكن القانون الفيدرالي الموضوعي قد قرن اقتضاء الحقوق الفيدرالية بتحديده للقواعد الإجرائية المتعلقة بطلبها والتداعي بشأنها.

فإذا لم يلتزم المدعى في الخصومة الدستورية بالقواعد الإجرائية التي حددتها قوانين الولاية أصلا للنظر في المسائل الفيدرالية، فإن محكمة الولاية قد تقضي ضده بغير خوض من جانبها في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها.

وتفصل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -وباعتبارها السلطة النهائية التي تحدد ما يدخل في ولايتها- فيما إذا كانت المسألة الفيدرالية قد تم عرضها على محكمة الولاية بصورة كافية وسليمة، وذلك حتى لا تخل مصلحة الولاية في تطبيق قواعدها الإجرائية، بالأسس المنطقية لعرض المسائل الفيدرالية عليها.

فإذا كانت القواعد الإجرائية في الولاية جديدة كل الجدة ،بحيث لم تتح للمدعى في الخصومة الدستورية فرصة حقيقية للخضوع لها، فإن استيفاءه لهذه القواعد لا يكون مطلوبا كشرط للنظر في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها(١). وكذلك الأمر إذا كان تطبيق محاكم الولاية لقواعدها الإجرائية خاضعا لمطلق تقديرها(٢) أو كان تطبيقها يفرض قيودا ثقيلة الوطأة على الحقوق الفيدرالية بما يعرقل -وفي غير مصلحة ظاهرة للولاية- فرص الحصول على هذه الحقوق(٣).

---

(1) Reece v.Georgia, 350 U.S. 85 (1955); NAACP v. Alabama ex rel. Patterson , 357 U.S. 449. 457 (1958).

(2) Williams v.Georgia , 349 U.S. 375 (1955).

(3) Henry v. Mississippi, 379 U.S. 443 (1965).

المبحث الحادى عشر
امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر لرافعها
فيها مصلحة شخصية مباشرة

٤٣٣- يركز شرط المصلحة الشخصية المباشرة على من يقيم الخصومة الدستورية طلبـا لحقوق يدعيها أمام قضاة الشرعية الدستورية([1]). إذ يتعين على المدعى فيها أن يدلل أولا على أن ضررا واقعيا Injury in Fact قد أصابه فعلا من جراء تطبيق النصوص القانونية المطعون عليها في حقه؛ أو أن هذا الضرر يتهدده من وراء هذه النصوص المظنون مخالفتها للدستور. وعليه أن يبين كذلك أن هذه الأضرار الواقعية ناجمة عن النصوص القانونية المطعون عليها لتكـون هـذه النصوص سببها أو مصدرها Causation Requirement، وأن بالإمكان تسـوية الأضـرار التـي أحدثتها فعلا أو التي تتهدده عقلا، من خلال ترضية قضائية تدركها وتحيط بها، وتقدم الوسـائل الملائمة لجبرها Redressability.

٤٣٤- وهذه الشروط جميعها والتي تقوم بها المصلحة الشخصية المباشـرة، هـي التـي جمعتها المحكمة الدستورية العليا بقولها.

<<شرط المصلحة الشخصية المباشرة- يتغيا أن تفصل المحكمة الدسـتورية العليـا فـى الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية وتصوراتها المجردة. وهـو كذلك يقيد تدخلها فى تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التـى يؤثر فيها الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعى، وبالقدر اللازم للفصل فيها. ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النـص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكا يتهددهم، أم كان قد وقع فعلا. ويتعين دوما أن يكون هذا الضرر منفصلا عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مسـتقلا بالعنـاصر التى يقوم عليها، ممكنا تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائدا فى مصدره إلى النص

([1]) تركز الخصومة الدستورية بصفة رئيسية على الطرف الذى يسعى للحصول على الترضيـة القضائيـة مـن المحكمة، وبصفة ثانوية على المسائل الدستورية التى يطرحها عليها للفصل فيها. وتلـك خاصيـة جوهريـة يتميز بها شرط المصلحة عن غيره من العناصر التى يرتبط بها -قضائيا- الفصل فى هذه الخصومة.
Flast v.Cohen, 392 U.S. 83, 99 (1968).

المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلا على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التى يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعى فى هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها. ولا يتصور بالتالى أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم فى الشئون التى تعنيهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة يعرضون من خلالها ألوانا من الصراع بعيدا عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلا للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لاثباتها أو نفيها، أو طريقا للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -التى كثيرا ما تؤثر فى حياة الأفراد وحرماتهم وحرياتهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعا، ولا تعرض عنها تراخيا. ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع فى دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذا أخيرا ونهائيا، وأن تدور وجودا وعدما مع تلك الأضرار التى تستقل بعناصرها، ويكون ممكنا إدراكها لتكون لها ذاتيتها.

ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو منتحلا أو مجودا In abstracto أو يقوم على الافتراض، أو التخمين Conjectural.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، لا ليؤمن بدعواه الدستورية -وكأصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التى تعود فائدة صونها عليه In Concreto.

٤٣٥- والتزاما بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم فى المطاعن الدستورية لازما للفصل فى النزاع الموضوعى([1])>>.

([1]) القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ -ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ويبين كذلك من قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين أو عنصرين يتكاملان معا في تحديد مفهومها:

أولهما: أن يقيم المدعى في الخصومة الدستورية -وفي حدود الصفة التي اختصم بها النصوص المطعون عليها- الدليل على أن ضررا واقعيا قد أصابه من جراء تطبيق هذه النصوص في حقه. ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا، وأن يستقل بعناصره، وأن يكون بالإمكان إدراكها ومواجهتها بالترضية القضائية.

ثانيهما: أن تعود الأضرار المدعى بها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تكون هذه النصوص إلا سببها؛ وإليها ترد هذه الأضرار باعتبار أنها هي التي أحدثتها ورتبتها.

وتلك هي علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية المطعون عليها باعتبارها أداة تحقيق هذه الأضرار(1).

وتتحقق جهة الرقابة على الدستورية بنفسها من توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتباره من الشروط الجوهرية التي لا تقبل الخصومة الدستورية في غيبتها. ويبلور هذا الشرط كذلك فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية؛ ويؤكد حدة التناقض بين مصالح أطرافها، طلبا لحقوق بذواتها تتمثل فيها المنفعة القانونية التى أقام المدعى دعواه لاقتضائها. ومن ثم يكون الحصول على هذه الحقوق غاية نهائية لهذه الخصومة التي لا ترتبط المصلحة فيها بتوافق النصوص المطعون عليها مع الدستور أو تخالفها.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحقق بنفسها من توافر شرط المصلحة في الخصومة الدستورية أو تخلفه. ذلك أن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما.

---

(1) "دستورية عليا" القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وأنظر كذلك دستورية عليا القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة أول يناير ١٩٩٤-القاعدة رقم ١١ -ص ١١٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وإنما تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها. وكذلك في الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها([1]).

وتظهر الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا، وفقا لقانونها، إما باعتبارها طرفا ذا شأن في كل خصومة دستورية -أيا كان موضوعها أو المدعين فيها- فلا يرتبط مثولها فيها -وعملا بنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا- بمصلحتها الشخصية المباشرة، بل يكون واقعا بقوة القانون بقصد إعلامها بمضمون ونطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، حتى تحدد موقفها من المطاعن التي نسبها المدعي في الخصومة الدستورية إلى هذه النصوص، وتقدم أوجه دفاعها بشأنها خلال المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا([2])؛ وإما بوصفها مدعية في خصومة دستورية تقيمها بنفسها نعيا على نصوص قانونية تراها مخالفة للدستور. وفي هذه الحالة لا تقبل هذه الخصومة إلا بتوافر مصلحتها الشخصية والمباشرة في رفعها.

ذلك أن من غير المتصور أن توجه جهدها للدفاع عن نصوص قانونية ظاهر بطلانها، وإلا صار دورها منحصرا في العمل بلا كلل علي إجهاض مطاعن يوجهها الأفراد إلى النصوص القانونية، وكأن مخالفة الدستور واقعة في إطار مهامها.

ومن ثم كان منطقيا، بل ضروريا، أن يكون للحكومة الدور الأكبر في بناء الشرعية الدستورية، وأن يكون دفاعها عنها صارما، ولو من خلال الخصومة الدستورية تقيمها لرد عدوان على حقوق كفلها الدستور لها.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ٧مايو ١٩٩٤- القاعدة رقم ٢٣ -ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها

([2]) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٦ -ص ٢٢٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تحضير الدعوى الدستورية بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ثم تعد في النهاية رأيها المحايد في شأن الجوانب الواقعية والقانونية والدستورية لهذه الدعوى.

أنظر كذلك القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٩٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من هذه المجموعة.

٤٣٦- وفي مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتعين أن يلاحظ أن ثمة مسائل دستورية تؤرق المواطنين في مجموعهم، أو تثير اهتمام فريق عريض منهم. فلا يكون طلبهم الفصل فيها واقعا في اختصاص جهة الرقابة على الدستورية التي لا يعنيها غير الخصومة الدستورية التى تتغيا صون الحقوق الشخصية لرافعها ورد العدوان عليها. ولا كذلك المسائل الدستورية العريضة في اتساعها، والتي يتقاسم همومها أشخاص يعنيهم أمرها بوجه عام ويصوغونها في صورة مجردة Generalized Grievances. ولا يتصور أن تعالجها غير السلطة التشريعية المنتخبة بالنظر إلى عموم مشكلاتها. وتعلقها بنفر غفير من المواطنين، يشارك بعضهم بعضا فيها([1]) كأن ينعى مواطن عن عقوبة الإعدام التى فرضها المشرع أنها لا تصدر بإجماع آراء قضاة المحكمة التى أصدرت الحكم، أو أن الطعن فيها لا يقع بقوة القانون، أو أنها عقوبة قاسية. وكذلك إذا لم يكن المواطن مقيما فى الدائرة الانتخابية التى يطعن فى القانون الخاص بتقسيمها. فذلك كله مما يدخل فى عموم المسائل التى يهتم المواطنون بها بوجه عام.

وإذ كان الأصل في الخصومة الدستورية ألا تقبل إلا إذا أقامها المدعى فيها طلبا لحقوق يختص بها Of His Own؛ فإن نظر هذه الخصومة لا يجوز بالتالي -وكأصل عام- إذا كان موضوعها خاصا بحقوق آخرين Third Party. وهو ما اطرد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما قررته من أنه لا يجوز كأصل عام أن يقيم المدعى دعواه الدستورية ليصون بها حقوق الآخرين ومصالحهم، وإنما يجب أن يتغيا بها ضمان تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In Concrete([2]).

ويتعين دوما أن تكون الحقوق التي يختص المدعى في الخصومة الدستورية بها، والتي يقيمها لرد العدوان عليها، من الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع، وواقعة في منطقة المصالح التي يكفلانها.

٤٣٧- وقد يكون المدعى في الخصومة الدستورية هو السلطة التشريعية ذاتها، أو منظمة تناضل من أجل الدفاع عن حقوق تملكها وفقا للدستور. وتظل المصلحة الشخصية المباشرة في مفهومها المتطور تعبيرا -لا عن حقوق يدعيها رافعها من خلال خصومة يشوبها التجهيل- وإنما عن حقوق قاطعة فى وضوحها يشتد النزاع حولها بين طرفى الخصومة الدستورية، فذلك وحده

([1]) Allen v.Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984); Gladstone Realtors v.Village of Bellwood, 441 U.S. 91 (1979).

([2]) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٨ -ص ٦٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

هو ما ينير الطريق لجهة الرقابة على الدستورية، كي تفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها، أيا كان قدر صعوبتها.

بما مؤداه أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتوخى ألا يجر قضاة الشرعية على الدستورية إلى الفصل في خصومة دستورية لا تزال عناصرها في دور التطور([1])، ولا في نزاع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا طائل من ورائه. ذلك أن تجنبها مثل هذا النزاع العقيم وإن كان من واجباتها؛ إلا أن من مهامها كذلك ألا تتنصل عن كل مواجهة تكون السلطة التشريعية أو التنفيذية طرفا فيها. ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية مركز خاص في مجال فرض كلمة الدستور وإعلائها. وليس لها أن تنظر إلى المسائل الدستورية التي تفصل فيها باعتبارها عناصر دخيلة أو عرضية على وظيفتها القضائية. إذ يعكس الفصل في هذه المسائل جوهر وظيفتها. كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية هي الأكثر قدرة على تطوير الدستور، وعرض القيم التي يحتضنها، لا تتقيد في ذلك بغير الخصومة القضائية كإطار وحيد للفصل في المسائل الدستورية.

المطلب الأول
عناصر المصلحة الشخصية المباشرة

٤٣٨- فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، تقوم المصلحة الشخصية المباشرة فى الخصومة الدستورية على اجتماع العناصر الآتية:

أولا: أن يكون المدعى فى هذه الخصومة قد أضير شخصيا من النصوص القانونية التى نعى عليها مخالفتها للدستور.

ثانيا: أن تقوم علاقة منطقية بين النصوص المطعون عليها، والأضرار التى يقال بأن هذه النصوص قد أحدثتها، بما يجعل هذه النصوص سببا لتلك الأضرار ما كان منها قائما أو وشيكاً Actual or threatened injury. فإذا تعذر رد الأضرار التى يدعيها إلى النصوص المطعون عليها، تعين الحكم بانتفاء مصلحته الشخصية فى طلب إبطالها.

([1]) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٣يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٧٣ -ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

ثالثا: أن تتحدد هذه الأضرار على نحو يكفل إدراكها، ومواجهتها بالترضية القضائية لتسويتها. وشرط ذلك هو تعينها بما ينفى التجهيل بها، وأن يكون رد المضار التى رتبتها النصوص المطعون عليها فى شأن من أصابهم بعبئها، مما يدخل فى ولاية الجهة القضائية.

٤٣٩- ولأن الأضرار الواقعية الناجمة عن تطبيق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ لا تتعلق إلا بالمدعى في الخصومة الدستورية التي ما رفعها إلا لرد آثارها وتسويتها من خلال الترضية القضائية التى يطلبها؛ فقد صار أمرا مقضيا أن يقيم الدليل على الأضرار التي يدعيها.

وكلما افترض المشرع بنص قانوني، تحقق مضار بعينها في أشخاص بذواتهم من جراء أعمال حددها، جاز لهؤلاء جميعهم أن يقيموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم التي جحدتها هذه الأعمال، بعد أن افترض المشرع تحقق مصلحتهم في إنهاء آثارها([1]).

ويظل الأصل في الخصومة الدستورية، هو أن يبرهن رافعها على أن ضررا شخصيا واقعيا قائما أو راجح الوقوع -لا تصورا فرضيا أو تخيليا- قد لحق به من جراء عمل يناقض الدستور، سواء أكان هذا الضرر حالا، أم كان يتهدده؛ قائما أم راجحا تحققه. فلا يكون مظنونا أو متوهما أو منتحلا أو مستعصيا على التحديد، أو واقعا في إطار عام يشمل المدعى وغيره من المواطنين، بما يحول دون تمييزه عن الآخرين في العناصر التي يقوم عليها([2]).

وهذا المعيار العام في تحديد الأضرار الشخصية الواقعية التي ترتبط بها المصلحة المباشرة في الخصومة الدستورية، يستحيل تطبيقه بصفة آلية في كل خصومة بغض النظر عن وقائعها وظروفها. وإنما تخوض جهة الرقابة على الدستورية في عناصر كل خصومه على حدة، وتستظهر مفرداتها كي تمحصها استقلالا عن سواها. فإذا كان إمساكها بهذه الأضرار، وإدراكها لحقيقتها وأبعادها غير مستطاع لتعذر تشخيصها، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يكون منتفيا.

([1]) See Monaghan, "Constitutional Adjudication: The who and when", 82 Yale law journal, 1363, 1375- 79 (1973); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law. Second edition, p 112.

([2]) Gladstone, Realtors v.Bellwood, 441 U.S. 95, 113 (1983).

بما مؤداه أنه في مجال تقييم الأضرار التي يقول المدعي بأن النصوص القانونية المطعون عليها، قد أحدثتها؛ فإن تحديدها على ضوء معيار عام يحيط بصورها جميعها، لا يتصور. والأدق أن ينظر لكل حالة على حدة، وأن يكون تقييمها على ضوء طبيعة الأضرار المدعى بها وخصائصها، وأن نستبعد منها تلك المضار التي يتعذر تحديدها بدرجة كافية تؤهل لتعيينها، وتقرير الترضية القضائية التي تناسبها.

ويكفي بالتالي أن يكون الضرر المدعى به ماثلا. وليس شرطاً أن يكون مكتمل العناصر وقت رفع الخصومة الدستورية. بل يجوز أن تستوفي هذه العناصر صورتها مستقبلا، وإلا صار وقوع الضرر فعلا –لا رجحان حدوثه– شرطا في الخصومة الدستورية. فلا يكون مناط قبولها مضار متوقعة عقلا بل قائمة فعلا. وفي ذلك تضييق للرقابة على الدستورية دون مقتض([1]).

فالمخاطبون بالجريمة يستطيعون التدليل على تعلقها بأفعال لا يجوز –من منظور اجتماعى– تأثيمها، أو أن العقوبة التى حددها المشرع لها، ينفرط تناسبها بصورة ظاهرة ودرجة خطورة هذه الجريمة؛ أو أن النص العقابى يفترض المسئولية الجنائية بديلا عن إثباتها؛ أو تمحض عقابا عن الفعل الواحد أكثر من مرة؛ أو أخل بحرية العقيدة، إلى غير ذلك من صور إهدار أو انتقاص الحقوق التي كفلها الدستور.

وقد تكون الأضرار الواقعية التي يثبتها المدعى في الخصومة الدستورية من طبيعة اقتصادية. ومن ثم تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، شأنها في ذلك شأن الأضرار الواقعية غير الاقتصادية. فإذا صدر في شأن مشروع –خاص أو عام– قانون من شأن تطبيقه فصل بعض العاملين فيه من غير المواطنين، A soon –to- be – discharged alien employee، فإن الضرر الذي يصيبهم يكون اقتصاديا في طبيعته بما يخولهم الحق في دفعه عنهم من خلال الخصومة الدستورية التي يستنهضون بها ضمان تساويهم فى سوق العمل مع المواطنين([2]) The Equal protection Clause.

([1]) يتحقق الضرر الحال أو المهدد به فى الأعم من الأحوال من خلال الإخلال للنصوص القانونية كافلة الحقوق
Warth v.Seldin, 422 U.S. 490, 500 (1975).

([2]) Traux v.Raich, 239 U.S. 33 (1915)

فى هذه القضية كان قد صدر قانون بولاية أريزونا يعاقب بمقتضاه رب العمل الذى يستخدم أجانب يجاوزون النسبة التى حددها هذا القانون.

وقد يخل القانون بالتوازن في العلائق الاقتصادية بين المخاطبين بأحكامه، كان يغلق أسواق التجارة في وجه بعضهم؛ أو يحول دون تنافسهم المشروع من خلال صور من الاحتكار يمنحها لبعضهم، ولو لم يكن الاحتكار كاملا([1]) أو يحمل المستأجرين بأعباء لا تتوافر لديهم بسببها أموال سائلة يستخدمونها فى شراء احتياجاتهم؛ أو يجرد بعض الناس من ملكيتهم دون تعويض؛ أو يصادر جانبا من أموالهم بغير حكم قضائي؛ أو يفترض تهريبهم سلعا قاموا باستيرادها؛ أو يفرض عليهم ضريبة تفتقر إلى موازين العدالة الاجتماعية، أو يقرن مجرد التأخير فى دفعها، ولو ليوم واحد، بجزاء صارم باهظ التكلفة.

ففي هذه الصور جميعها، تتوافر للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة في الطعن على دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقه التي كفلها الدستور، كالحق في ضمان العدالة الإجتماعية عند فرض الضريبة؛ وفي التوازن في العلائق الإيجارية؛ وفي صون الملكية الخاصة؛ وفي أن يتحمل المواطنون وفق قواعد موحدة أعباءهم المالية؛ وفي مقابلة التزاماتهم بحقوقهم في صورة منطقية.

ولا كذلك الخصومة الدستورية التي يقيمها أحد الممولين لضريبة ما، والتي ينازع بها -وبقصد خفض مقدار الضريبة التي يتحملها- في كيفية إنفاق الدولة التي فرضتها لإيرادها العام.

ذلك أنه حتى بافتراض سوء إنفاقها لهذه الموارد وصرفها لها في غير وجهتها، إلا أن سفهها أو سوء تدبيرها لشئونها من خلال إنفاقها لأموالها في غير موضعها، ليس ضررا ينال هذا الممول وحده، بل هو من قبيل الهموم التي يعتبر المواطنون جميعهم شركاء فيها، والتي تبلور قيمهم ومصالحهم الأيديولوجية التي يدافعون عنها بوجه عام Generalized ideological interests. فضلا عن أن من غير المحقق أن تفرض الدولة الضريبة بقدر أقل من مبلغها المقرر قانونا إذا قام الدليل على إساءتها استخدام أموالها وإنفاقها لها في غير مصارفها المقررة قانونا. فلا يكون لهذا الممول بالتالي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه الدستورية.

([1]) Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970); Harden v. Kentucky Utilities Co. 390 U.S. 1 (1968).

على أن ما تقدم لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق. فالمعونة المالية التي تقدمها الدولة لدعم عقيدة تصطفيها وترجيحها على ما سواها من العقائد، يجوز الطعن بعدم دستوريتها في الدول التي لا دين لها.

لا لأن هذه المعونة تتمحض تبذيرا تبسط به الدولة يدها لإنفاق المال العام في غير أوجهه، وإنما لأن تقرير هذه المعونة أو منحها، يخل بتكافؤ الأديان فيما بينها، وبامتناع الانحياز لواحدة منها إضرارا بغيرها([1]).

كذلك فإن فرض الدولة لأعباء تعليمية متفاوتة على الطلبة، وتمييزها بينهم بالنظر إلى درجة ثرائهم، يناهض تساويهم في الحقوق التي يملكونها قبل معاهدهم التعليمية. ويناقض كذلك وحدة العملية التعليمية وتكامل مراحلها وضرورة النفاذ لها وفق شروط موحدة لا تمييز فيها بناء على الثروة. ولهؤلاء الطلبة بالتالي وكذلك لأبائهم حق المنازعة في دستورية هذه الأعباء([2]).

كذلك تقوم للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على السياسة التي تنتهجها الدولة لتنظيم أوضاعها البيئية وحمايتها من ملوثاتها. ذلك أن سياستها هذه -التي تبلورها تشريعاتها- لها جوانبها الإيجابية والسلبية التى تؤثر في نوعية الحياة التي يعيشها المدعي؛ شأنها في ذلك شأن سياستها الاقتصادية التي تؤثر في درجة رخائه. وذلك كله بشرط أن يكون للأضرار التى يعانيها من جراء ذلك، ذاتيتها التى لا تختلط بأضرار المواطنين فى مجموعهم، ولو لم تكن الأضرار التى أصيب بها، متفردة بخصائصها Unique to the litigant.

ذلك أن المصلحة الذاتية لكل شخص في بيئة نظيفة، لا يجهضها أن يكون هذا الاعتبار ملحوظا كذلك عند آخرين يعنيهم أن تكون بيئتهم مجردة من ملوثاتها. فالمصلحة الذاتية التى يقوم الدليل عليها، لا ينحيها توافق آخرين مع مراميها وتقاسمهم اهتماماتها، ولا تحيل الخصومة الدستورية الفردية، إلى خصومة جماعية.

([1]) Everson v.Board of Education 330 U.S. 1 (1947).

([2]) دستورية عليا "القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٠ -ص ١٩٥ وما بعدها من الجزء السابع.

وإنما تظل هذه الخصومة على حالتها، فلا تتجرد من خصائصها الشخصية، ولا تجعل رافعها أقل استحقاقا للترضية القضائية لمجرد أن آخرين يعنيهم أمرها، وإن تعين دوما أن تكون الأضرار الشخصية المدعى بها، ماثلة بعناصرها في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها.

فالخصومة الدستورية التي تقيمها جمعية بصفتها نائبة عن أعضائها، وطعنا منها في الترخيص الصادر لمشروع ما بالقيام بأعمال التعدين في منطقة لا يتردد عليها أعضاء الجمعية؛ ولا دليل من الأوراق على أن أعمال التعدين التي قام بها هذا المشروع، من شأنها أن تلحق بهذه المنطقة أضرارا تخل بجمالها أو بالتوازن الأيكولوجي بين عناصر بيئتها، لا يجوز قبولها([1]).

والطلبة الذين يلزمهم القانون بقراءة الإنجيل في مدارسهم، يضارون هم وآباؤهم من سريان هذا القانون في شأنهم، إذا كان الحائط الفاصل بين الدولة والدين، مقررا بنص في الدستور([2]).

وليس لازما أن تكون المصلحة الشخصية المباشرة، قائمة بكل عناصرها وقت المنازعة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها. بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة تقوم على توقي ضرر لا شبهة في إمكان تحديد أبعاده.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة يقرها القانون. وإنما يكفي أن يكون محتملا تحققها. ذلك أن من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه الدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدده بكاملها. وإنما يجوز دائما أن يتخذ دعواه هذه، طريقا إلى توقي وقوعها([3]).

One does not have to await the consummation of threatened injury to obtain preventive releif.

([1]) Sierra Club v.Morton , 405 U.S. 727 (1972).

([2]) Abington School District v.Schempp. 374 U.S. 203 (1963).

([3]) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٨/٦-قاعدة رقم ٣ -ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا. وكذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٣ جزء ٨؛ والقضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ق "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ -ص٦١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فالذين يقيمون في دار لعلاجهم، يؤرقهم التهديد بنقلهم منها إلى مكان آخر أقل في مستواه كفاءة وتنظيما. فلا تكون الخصومة الدستورية التي يقيمونها لمواجهة هذا التهديد، غير توق من جانبهم لوقوع ضرر يتهددهم([1]). وهو ما تقرره المادة ٣ من قانون المرافعات بنصها على أن التحوط لدفع ضرر محدق يندرج في إطار المصلحة المحتملة التي تكفي وحدها لتحقق شرط المصلحة في الخصومة القضائية.

والذين يتهددهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص القانونية التي حددها المشرع، ليس عليهم تربص صدور هذا الاتهام لاختصامها. بل تقبل دعواهم الدستورية التي يتوخون بها إبطالها، حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام، سيفا مسلطا فوق رءوسهم.

وصح بالتالي ما قررته المحكمة الدستورية العليا من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير هؤلاء الذين أضيروا من جراء سريان النصوص المطعون فيها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم من ضرر بسببها قائما، أم كان وشيكا يتهددهم([2]).

يؤيد هذا النظر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية لا يرتبط بنوع المسائل الدستورية التي تطرحها؛ ولا بطبيعة الترضية القضائية التي يطلبها المدعى، وإنما يتعلق هذا الشرط بمركز المدعى بالنسبة إلى النصوص المطعون عليها، وبطبيعة الأضرار التي لحقته من جراء تطبيقها في حقه. وليس لازما أن تصل هذه الأضرار إلى درجة اليقين من جهة ثبوتها، بل يكفي أن يكون وقوعها محتملا، وتعيينها ممكنا. وإن ظل شرطا في الضرر -ولو كان مستقبليا- ألا يكون تصوريا، وألا يتعلق بمصلحة لها شان عام كمصلحة المواطنين جميعهم في ضمان تنفيذ القانون، والتقيد بحرفيته.

([1]) Blum v.Yaretsky, 457 U.S. 991,1000 (1982).

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٦ -ص ٢٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، أنظر كذلك القضية رقم ٣٤ لسنة١٧ ق "دستورية" -جلسة ٤يناير١٩٩٧- قاعدة رقم١٥ -ص٢٢١ من الجزء الثامن

ذلك أن الخضوع للقانون، وإن كان يؤثر في إنتاجية الفرد، ويحيط أداء العمل بالأوضاع الأفضل للنهوض به، إلا أن فرض كلمة القانون على الكافة، أدخل إلى المفاهيم الأيديولوجية التي تدعو إلى احترامه، وضمان هيبته بناء على مجرد وجوده كقانون(1).

وبينما لا يتصور التمييز بين المخاطبين بالقوانين الجنائية من خلال إعفاء بعضهم من تطبيقها وفرضها على باقيهم؛ وكان يجوز لمن أصابتهم هذه القوانين بأحكامها، أن يقيموا الخصومة الدستورية التي يناهضون بها دستورية هذا التمييز بقصد إنهاء آثاره؛ إلا أن غير المخاطبين بالقوانين الجنائية لا يملكون حق الاعتراض عليها، ولا على كيفية تطبيقها، ولو كان يعنيهم أن يؤاخذ المذنبون جميعهم بجرائمهم، وأن يحيطهم قصاص عادل يأخذ برقابهم، خاصة وأنه لا مصلحة لمواطن في أن يكون غيره بريئا أو مذنبا، متهما أو مطلق السراح، على تقدير أن مثل هذه المصالح يتعذر تشخيصها(2) Judicially cognizable.

وقد اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، مناطها ارتباطها عقلا بالمصلحة في الدعوى الموضوعية؛ وذلك بأن يكون الحكم الصادر في الخصومة الدستورية مؤثرا في الحكم الفاصل في النزاع الموضوعي.

فلا تكون المصلحة الشخصية المباشرة غير مصلحة المدعي في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية The personal stake in the outcome of the case التي يفترض أصلا ألا تكون ثمارها لغيره، وتقتضي كذلك التمييز بين أضرار لها من عمومها واتساعها وتجردها، ما يربطها بالمواطنين في مجموع فئاتهم؛ وبين ضرر خاص لا يتعلق بغير شخص معين أو بأشخاص بذواتهم، ولا يصيبهم إلا في مصالحهم الذاتية أو الفردية التي تعكسها طلباتهم الشخصية المحددة عناصرها، والتي يكون تضامم مفرداتها إلى بعضها البعض، محض تعبير عن مجموع مصالحهم الفردية.

An aggregation of specific claims of interests peculiar to particular individuals.

---

(1) Stewart, The reformation of Aministrative law, 88 Harvard Law Review, pp. 1739- 40 (1975).

(2) Linda R.S.V. Richard D. 410 U.S. 614 (1973).

ولا يجوز بالتالي أن تقبل الخصومة الدستورية ما لم تكن مصلحة المدعى فيها مختلفة عن مصالح المواطنين في مجموعهم.

ذلك أن اندماج مصلحته في مصالحهم يفقدها ذاتيتها، وهي شرط لبيان الحدود الضيقة للخصومة الدستورية التي يطرحها المدعى -في نطاق مصلحته الشخصية المباشرة- مفصلا بوقائعها النصوص القانونية المطعون عليها، وصلتها بالأضرار الواقعية التي سببتها، فلا يكون عرضه لأبعاد هذه النصوص إلا تعريفا بكامل عناصرها Complete perspective، ينير من خلالها الطريق إلى جهة الرقابة على الدستورية، فلا تفصل في خصومة يشوبها التجهيل، ولا في غير ضرورة.

ومن ثم تبلور الخصومة الدستورية التي توجهها المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى، مجموع عناصرها، وكامل أبعادها، بما في ذلك الآثار السلبية الناجمة عن تدخل المشرع -بالفعل أو الامتناع- في شأن خاص بالمدعى، لتظهر هذه الخصومة وقد طبعها رافعها بشخصيته، أكثر من كونها تعبيرا عن المسائل الدستورية. التي أثارها من خلالها.

فالذين يملكون أراض حال المشرع دون استثمارها في الأوجه المعقولة لها([1])؛ والآباء الذين ألزمهم المشرع بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام لا الخاص([2]) والشركة التي حدد المشرع أجور خدماتها([3])؛ والمعلمون الذين حرمهم المشرع من حق الاجتماع ومن حريتهم في التعبير من خلال صور النشاط التي منعهم من ممارستها([4])؛ والأزواج الذين حظر المشرع عليهم استخدام الوسائل الواقية من الحمل([5])، كل هؤلاء لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقهم فى استعمال ملكهم فى الأوجه التى يختارونها؛ وفى مباشرة أوجه النشاط التى يرون ملاءمتها؛ إذ هم خصماء لكل هذه النصوص التي وجهها المشرع إليهم، وأصابهم بها، وقصد إرهاقهم بأحكامها. ومصلحتهم فى دفعها حقيقية وظاهرة سواء تعلق الأمر

([1]) Euclid v.Ambler Realty, 272 U.S.365 (1926).

([2]) Pierce v.Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

([3]) Exparte Young, 209 U.S. 123 (1908).

([4]) Adler v.Board of Education , 342 U.S. 485 (1952).

([5]) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

بحقوق ملكيتهم التي أخل بها، أو بمباشرتهم ما هو مشروع من صور من النشاط التى اختاروها. فلا تكون مصلحتهم في الاعتراض على القيود التي حملهم المشرع بها، وفرض تطبيقها عليهم، غير مصلحة حقيقية Tangible interests تلمسها بأيديها جهة الرقابة القضائية.

وينبغي أن يلاحظ أن النصوص القانونية التي يقرها المشرع، قد تلحق الضرر ليس فقط بمن قصدتهم هذه النصوص بأحكامها. ذلك أن المضار التي ترتبها، قد تنال من حقوق لآخرين كفلها الدستور. فالقيود التى يفرضها المشرع على مشروع ما، ليخفض بها أسعار منتجاته أو خدماته، تخول هذا المشروع حق الاعتراض على هذه الأسعار من خلال الخصومة القضائية التى يقيمها لإنهاء العمل بها. كذلك فإن الذين ينافسون هذا المشروع يجدون أنفسهم فى مركز يمنعهم من مزاحمة ذلك المشروع فى الأسعار الأقل التى حددها المشرع لمنتجاته وخدماته، لتقوم بهم كذلك مصلحة فى الاعتراض عليها؛ وإن ظل ثابتا أن المصلحة فى هاتين الصورتين لا تزال مصلحة شخصية مباشرة قوامها الحقوق الفردية التى يطلبها أصحابها لمواجهة ضرر خاص أصابهم([1]).

ولا كذلك أن تكون المصلحة في الخصومة الدستورية مجردة في خصائصها، أو تتناول ما هو عام من مصالح المواطنين في مجموعهم The Airing of Generalized Grievaness. ذلك أن مواجهة هذه المصالح وإشباعها؛ من مسئولية السلطة السياسية التي اختارتها هيئة الناخبين. إذ هي وحدها الأقدر على تقدير الحلول الملائمة لها.

كذلك فإن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية القوانين، ينحل إلى وظيفة قضائية تغاير بالضرورة المهام التي يقوم عليها الإمبودزمان في بعض الدول.

والمصالح المجردة أو العمومية Interests shared with the larger community of people at large، لا تخصيص فيها، ولا تستقل بذاتيتها، ويستحيل تحديدها من منظور كامل Complete perspective يبلور حقيقة الخصومة الدستورية التي لا تتوافق بشأنها مصالح أطرافها، ولكنها

([1]) فلو أن المشرع حدد أسعار تذاكر الركوب فى السكك الحديدية، فإن الاعتراض عليها يكون حقا ليس فقط لمن يديرونها ولكن كذلك للذين ينافسونها كهولاء الذين ينقلون الركاب بالحافلات في المسارات ذاتها.
Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908).

تتعارض من خلال تصادمها([1]). وهو ما يناقض شرط المصلحة الشخصية المباشرة فـي حقيقـة معناه. إذ يفترض هذا الشرط أن يكون للمدعى فى الخصومة الدستورية مصلحـة حقيقيـة فـى المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان النزاع القائم بين أطرافـها دالا على عمق الخصومة القائمة بينهما، وأن لها من حدتها وماديتها ما يجعل تعيين حدود المسائل الدستورية المثارة فيها، واجبا لا تفريط فيه([2])

المطلب الثاني

رابطة السببية بين النصوص القانونية المدعي مخالفتها للدستور، وما لحق المدعي بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا

٤٤٠- تقابل الجهة القضائية فى كل خصومة دستورية، بين النصوص القانونية المطعـون عليها وأحكام الدستور، توصلا لتقرير تطابقها معها أو خروجها عليـها. ويفـترض فـي هـذه النصوص ترتيبها لآثار قانونية أضرت بالمدعى من خلال تطبيقها عليه. وأن ما تتوخاه الخصومة الدستورية التى رفعها، هو إنهاء الآثار التي رتبتها هذه النصوص فى حقه، وجبر الأضرار التـي أنتجتها بحكم ملائم يصفيها([3]) وبتعبير آخر يتعين أن يقدم المدعى فى الخصومة الدستورية الدليل على أنه أضير فعلا من جراء تطبيق النصوص المطعون عليها فى حقه، وأن الترضية القضائيـة التى يتوقعها ستزيل هذا الضرر([4]).

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من صلة بالمضار الواقعية التي يدعيـها Injury in fact، فإن علاقة هذه النصوص بتلك المضار The logical nexus تنفصم. ولا يكون إبطالها منتجا في دعواه، إذ يظل مركزه القانونى في الصورة التى كان عليها من قبل، ولو قام الدليـل علـى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور.

٤٤١- وعلاقة السببية هذه The causation Connection بين المضار المدعى بها من جهة، والنصوص القانونية التي أحدثتها من جهة ثانية، شرط في المصلحة الشخصية المباشرة. وهـي

---

(1) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).
(2) Metropolitan Washington Airports Auth. v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noire, 501U.S. 252(1991).
(3) Simon v. Eastern ky. Welfare Wrights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).
(4) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 505 (1975).

علاقة لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تنفيها لمجرد التخلص من القضايا التي ترهقها، أو التي لا تميل إليها، أو التي تتوجس خيفة منها([1])، خاصة وأن علاقة السببية تلك، هي الموطئ إلى الترضية القضائية التي يطلبها المدعي، والتي تتحقق من خلالها مصلحته في رد عدوان المشرع على الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون. وذلك من خلال ترضية قضائية يفترض فيها أن تكون ملائمة، وكافية لإنهاء الآثار القانونية المترتبة على هذا العدوان والتعويض عنها.

ومن ثم تظهر علاقة السببية كشرط منفصل عن شرط الأضرار الواقعية في الخصومة الدستورية. وهى علاقة مؤداها أنه لو لم يكن المشرع قد أقر النص القانونى المطعون فيه، فإن الأضرار التى أحدثها هذا النص، ما كانت لتتحقق.

فإذا لم تتوافر هذه العلاقة المنطقية بين الأضرار الواقعية وأسبابها القانونية التى تبلورها النصوص المطعون عليها، فإن إبطال قضاة الشرعية لهذه النصوص لا يكون متصورا. ومن ثم تبقى تلك النصوص على حالها لانفصام مجال تطبيقها عن الأضرار الواقعية التى قال المدعى بأنها هى التى أحدثتها.

فالذين ينازعون فى دستورية ضريبة طبقت عليهم، ويطلبون الحكم ببراءة ذمتهم منها، لا يجابون إلى طلبهم إلا بشرط تعلق الضريبة التى يجحدونها بالنصوص القانونية التى يطعنون عليها. ومن ثم تكون الخصومة الدستورية طريقهم لإبطال الضريبة والتخلص من أعبائها التى أحدثتها النصوص القانونية التى أنشأتها؛ وهى أعباء اقتصادية فى طبيعتها.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من شأن بالضريبة التي ينازعون في دستوريتها، فإن دين الضريبة يظل قائما في حقهم، ولا يكون طلبهم الحكم ببراءة ذمتهم من هذا الدين، مفهوما.

([1]) يقول القاضى Brenan أن علاقة السببية التى تتطلبها المحاكم الفيدرالية فى الخصومة الدستورية هى قناع هش تتستر وراءه حتى لا تحكم في موضوع النزاع المطروح عليها.

A poor disguise for the Courts view of the merits of the underlying claims.

انظر فى ذلك الرأى المخالف لهذا القاضى فى قضية

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 782 (1984).

وما تقدم مؤداه أن رد عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور، لا يكــون إلا مــن خــلال المنازعة في دستورية النصوص القانونية التي نجم عنها هذا العدوان. وتلك هي علاقة السببية بين المضار الواقعية، والنصوص القانونية التى سببتها.

وبدونها لن تكون الخصومة الدستورية غير خصومة نظرية يقيمها أصحابها لإرهاق جهــة الرقابة على الدستورية، ولحملها على الفصل فيها في غير ضرورة، ودون فائدة عمليــة يمكــن اجتناؤها منها. وهو ما لا يجوز حتى في إطار مفاهيم القانون الخاص.

فالمسئولية العقدية جزاء الإخلال بالتزام نشأ عن العقد. فإذا لم يكن ثمة إخلال بــه، فــلا مسئولية. كذلك فإن المسئولية التقصيرية لا تثار إلا عن عمل غير مشروع ألحق بالغير ضــررا. فإذا كان العمل استعمالا لحق، أو كان غير مشروع، ولكنه لم يلحق ضررا بأحد، فإن المســئولية التقصيرية عن هذا العمل، تفقد أساسها.

ولئن صح القول بأن علاقة السببية بين المضار وأسبابها، تستقل بذاتيتها عن شرط الضرر في المصلحة الشخصية المباشرة؛ إلا أن أهميتها تصل إلى حد اعتبارها جوهر هــذه المصلحــة وقوامها. ذلك أن المصلحة في الخصومة الدستورية شخصية بطبيعتها. والأضرار التي تدفعها هي التي تعود في مصدرها إلى النصوص القانونية المطعون عليها. فإذا تعذر نسبتها إليــها، فــلا مصلحة.

وتقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، يخول كل مقيم فيها حق الاعتراض ليــس فقــط علــى الكيفية التى حدد بها المشرع تخومها، وإنما كذلك بالنسبة إلى عدد المقاعد التى اختصها بــها إذا صار لأصوات ناخبيها وزن أقل من الوزن المعطى لأصوات ناخبين آخرين فــي غيرهــا مــن الدوائر الانتخابية Malapportionment. بما يمايز بين بعضها البعض، فلا يكون تمثيلها جميعا في المجالس النيابية متناسبا قدر الإمكان مع عدد سكان كل منها([1]) Districts Under Represented.

٤٤٢- إذ كان ما تقدم، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة يركز على الخصم الــذي أثار المسائل الدستورية أكثر من تركيزه على هذه المسائل ذاتها، فذلك لأن هذه المصلحــة هــي

([1]) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

التي تكفل شخصية المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهي التي يطرح الطاعن على ضوئها على جهة الرقابة على الدستورية، النظرة المتعمقة للخصومة الدستورية في واقعاتها وأدلتها، ومن جهة الأبعاد الأوثق اتصالا بالمضار التي أحدثتها النصوص القانونية المطعون عليها، فلا يكون عرضها حديثا في فراغ، ولا قولا مجملا بغير دليل.

كذلك يعتبر شرط المصلحة الشخصية متصلا بالوظيفة القضائية ذاتها التي تحول دون الفصل في المسائل الدستورية في غير ضرورة. ويرتبط كذلك بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ مقتضاه مباشرة جهة الرقابة على الدستورية لوظيفتها في الحدود التي رسمها الدستور لها. وهي حدود تلزمها بألا تقبل خصومة دستورية لا تزيد عن كونها تعبيرا في الفراغ عن وجهة نظر يراد الترويج لها أو الحض عليها.

وإذا جاز القول بأن من المفترض في نصوص الدستور جميعها أنها مقررة لصالح المواطنين في مجموعهم، فلا يجوز حرمان أحدهم من الاحتماء بها؛ إلا أن إطلاق هذه القاعدة في نطاق الخصومة الدستورية بما يجعل شرط المصلحة الشخصية المباشرة غير لازم فيها، مؤداه أن يعتبر اللجوء إلى جهة الرقابة على الدستورية مطلقا من كل قيد معقول، وبما يخول الناس جميعهم التدخل من خلال الخصومة في كل الأعمال الحكومية التي لا يرون صوابها، أو يقدرون عدم ملاءمتها.

على أن هذا القضاء المقارن في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية، وإن توخى ألا يقحم قضاة الشرعية الدستورية أنفسهم فى كل شئ حتى في المسائل الدستورية التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها، إلا أن كثيرين يتخوفون من مغالاة قضاة الشرعية الدستورية، أو تزمتهم فى مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، بما يعوقهم عن النظر في مسائل دستورية لها من حيويتها وخصوبتها، ما يجعلها أكثر تأثيرا في مصالح المواطنين في مجموعهم؛ خاصة وأن الخوض في علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية التي أحدثتها؛ من أكثر المسائل تعقيدا وغموضا في مجال الرقابة على الدستورية(١). وقد تكبحها عن مواجهة نزاع يوقعها في حرج الصدام مع السلطتين التشريعية أو التنفيذية.

---

(1) W. Prosser , Handbook of the Law of Torts, chapter 41,4th edition,p. 236, 1971.

إلا أن علاقة السببية تظل لازمة لضمان تقييد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالحدود المنطقية لولايتها التى لا يجوز معها أن تتحول وظيفتها القضائية إلى عمل من أعمال التبرع يهبها لمن يطلبها. وتظل علاقة السببية بين المضار وأسبابها، جوهر الخصومة الدستورية. إذ بدونـــها يصير الفصل في دستورية النصوص القانونية التي لا تربطها صلة بالمضار المدعـــى بتحققـــها، عقيما.

المطلب الثالث

الدفاع عن حقوق الآخرين

The Tird Party Standing

٤٤٣- من المسائل التى يحرص قضاة الشرعية الدستورية على توكيدهـــا، هـــو أن يقـــدم المدعى فى الخصومة الدستورية الدليل على أن الحقوق التى يطلبها تتعلـــق بـــه لا بغـــيره، وأن المصالح التى يتوخى تحقيقها تدخل فى منطقة المصالح التى يحميها الدستور أو المشرع([1]).

وتتغيا قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق لآخرين([2])، استبعاد القضايا التى يكـــون محلـــها اقتضاء هذه الحقوق. وهى بعد قاعدة لا إطلاق فيها؛ وإنما تتقلها صور من الخروج عليها تعتـــبر استثناء منها، وتبلور فى مجموعها السياسة التى ينتهجها قضاة الشرعية الدستورية فـــى مجـــال الخصومة الدستورية التى يكون هدفها الدفاع عن الآخرين ومصالحهم([3]) Jus Tertii .

وهذه القاعدة التي لا يجوز معها -وكأصل عام- أن يقيم المدعى دعواه الدستورية للدفـاع عن حقوق كفلها الدستور أو المشرع لآخرين؛ علتها ما هو مفترض من تحوط قضاة الشـــرعية الدستورية فى مباشرتهم للولاية التى كلفهم الدستور بها. فلا يفصلون فى غير ضرورة فى مسائل دستورية لها دقتها ومحاذيرها([4]). ذلك أن واجبهم الأول هو عدم الفصل فى مسائل دستورية قبـل أوانها، أو في مسائل دستورية يستطيعون تجنبها. وهو مالا يتحقق فى الدفاع عن حقوق لآخريـــن يفترض أنهم يحسنون تقدير مصالحهم؛ وأنهم يحددون خطاهم علي ضوئـــها. فـــإذا لـــم يقيمـــوا

([1]) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984).

([2]) Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1934).

([3]) Manoghan, Third Party Standing, 84 Columbia law Review 277, 278 n. 6 (1984).

([4]) Wrath V. Seldin' 422 U.S. 490, 499 (1975).

الخصومة الدستورية لطلبها، دل ذلك على أن مصالحهم هذه غير مهددة أو أنهم عازفون عن الدفاع عنها واستنهاض وسائل حمايتها التي تتوافر لهم بها فرص إيضاح مطالبهم بأنفسهم بوصفهم أقدر من غيرهم على بيان وجه الحق فيها([1]).

فالأصل أذن ألا يفصل قضاة الشرعية الدستورية في حقوق لم يطلبها أصحابها بأنفسهم، ولم يحرصوا علي المثول أمامهم للدفاع عنها. بما يجهل بأبعادها وبأوجه التناقض القائم بين مصالحهم ومصالح غرمائهم، ويفترض كذلك في الغائبين عن الخصومة الدستورية، أنهم لا يكترثون بإنكار الحقوق التي طلبها غيرهم لحسابهم دون تفويض منهم؛ إذ لو كان الأمر يعنيهم حقا، لحرصوا على انتزاع حقوقهم هذه بأنفسهم من خلال خصومة دستورية يقيمونها لطلبها والدفاع عنها بالعزيمة والإصرار الكافيين.

٤٤٤- على أن قاعدة عدم جواز الدفاع في الخصومة الدستورية عن حقوق لآخرين، يرتبط تطبيقها بموجباتها. فلا تقوم هذه القاعدة بزوال مبرراتها، وإنما تخلى مكانها لصور من الاستثناء منها تصل في اتساعها إلى حد ابتلاع القاعدة ذاتها.

ويدل إمعان النظر فى صور الاستثناء هذه، على أنها لا تعتبر كذلك فى حقيقتها، وأنها ترتبط فى واقعها بحقوق الأصلاء -لا الأغيار- فى الخصومة الدستورية The First Party Rights لأنهم وإن ظهروا فيها وكأنهم يطلبون حقوقا لآخرين؛ إلا أن طلبهم لهذه الحقوق من خلال الخصومة الدستورية، يكفل حقوقهم الخاصة التى يتمتعون بها وفقا للدستور([2]).

ومن ثم يقبل قضاة الشرعية الدستورية كل خصومة تتوخى الدفاع على حقوق الآخرين، كما قام الدليل لديهم على أمرين:

أولهما: أن تراخي الآخرين في الظهور أمامها للدفاع عن حقوقهم، مرده إلى عائق أو صعوبة عملية جوهرية A genuine obstacle منعتهم من طلبها بأنفسهم ولحسابهم. ومن ذلك أن يكون الأخر مختلا عقليا أو غير قادر على النفاذ إلى المحكمة أو عاجز عن تمثيل مصالحه بنفسه بناء على وجه أخر United States v.Hays, 115 S.ct. 2431 (1995).

([1]) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 - 14 (1976).

([2]) Laurence H. Tribe, ibid, p. 136; Holland v. Illinois, 493 U.S. 474 (1990).

ثانيهما: أن يكون متوقعا عقلا من المدعى في الخصومة الدستورية، أن يناضل بضراوة من أجل الدفاع عن حقوق الآخرين التي طلبها في دعواه، وأن يظهر أبعادها بما يحيط بها كي يكون خصما حقيقيا مجابها غرماء يعارضون دعواه([1]).

ويدل مراجعة القضاء المقارن للحق فى الدفاع عن مصالح آخرين، على قدر كبير من التردد والتخبط. وأيا كان قدر هذا التردد أو التخبط، فإن الدفاع عن حقوق الآخرين، لازال من الأمور المسلم قضائيا بها. ومن ذلك حق المحامى الذى صدر قانون بمصادرة أموال موكله الناجمة عن تعامله فى المواد المخدرة، فى الدفاع عن مصلحة موكله فى إبطال هذه المصادرة التى يؤمن الموكل من خلاله إبطالها الأتعاب التى يدفعها لمحاميه، ويكفل بذلك حق الموكل فى اختيار محام يمثله فى حدود تجمعهما ببعض([2]) The close attorney client relationship. وفى هذا المجال يلاحظ أن القضاة يطلبون أحيانا وجود علاقة قوية وموثوق فيها Close and confidential relationship بين من يقيم الخصومة الدستورية والآخرين الذى يمثلهم فيها. ويشترطون أحيانا أن يكون الآخرون عاجزين من كل الوجوه عن الدفاع عن مصالحهم.

فلو أن المشرع فرض عقوبة جنائية على الأشخاص الذين يوزعون الوسائل الواقية من الحمل على غير المتزوجين، فإن دفاعهم عن مصالح هؤلاء في الحصول على هذه الوسائل وتوكيد حقهم في شرائها، يكون مقبولا، إذا كان المشرع قد قصر العقوبة على من يقومون بتوزيعها، وحال بذلك دون أن يوفر لغير المتزوجين إطارا ملائما للخصومة القضائية التي يستهدفون بها الدفاع على الحقوق التي تخصهم([3]).

ولو أن قانونا فرض على من يملكون بعض الأراضي في منطقة معينة، ألا يقوموا ببيعها لملونين وإلا كانوا مسئولين جنائيا أو مدنيا عن فعلهم، فإن انصياعهم اختيارا إلى حكم هذا القانون، مؤداه الإضرار بمصالحهم في بيعها إلى قطاع أعرض من المواطنين يشمل البيض والزنوج، وربما في الحصول علي أسعار أعلى. ولهم بالتالي أن يخاصموا هذا القانون طلبا لحقوق الملونين في شراء هذه الأراضي، وأن يقيموا دعواهم بمخالفته للدستور على سند من

([1]) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., I nc,.467 U.S 947 (1984).

([2]) Caplin and Drysdale v.United States, 491 U.S. 617 (1989).

([3]) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

إخلال القانون المطعون فيه بشرط الحماية القانونية المتكافئة للمواطنين جميعهم، بما يكفل تساويهم في الحقوق عينها أمام القانون([1]).

ففي هذين الفرضين يبدو كذلك أن للبائعين للأراضي، وللموزعين للوسائل الواقية من الحمل، مصلحة شخصية في دعواهم الدستورية. ذلك أن منعهم من بيعها أو توزيعها يعتبر واجبا فرضه المشرع عليهم. فإذا تقيدوا به، كان ذلك إنكارا لحقوقهم الشخصية في ضمان فرص أكبر للتعامل في الأشياء التي منعهم المشرع من تصريفها بالعقوبة التى فرضها، والتى حال بها في آن واحد دون اتساع أسواق معاملاتهم، وعطل كذلك من خلالها، حقوق الآخرين التى كفلها الدستور([2]).

ومن ثم كان منطقيا أن ننظر إلى القيود التي فرضها المشرع على المدعى في الخصومة الدستورية ليحول دون طلبه حقوقا لآخرين، لا من زاوية أن المدعى قد أقحم في دعواه غرباء عنها ،وحل محلهم فيما هو خاص من شئونهم وإنما من جهة أنه يدير سوقا لسلع يعرضها أو يروج أعمالا يحرص على ألا تتقلص دائرتها، فلا تكون الخصومة الدستورية في حقيقة الأمر، غير تعبير عن عزم رافعها على أن تظل الأسواق التي يديرها، أو الأعمال التي يروج لها، مفتوحة أبوابها لكل من يطرقها.

ويتحقق ذلك في صور متعددة من بينها أن البائعين للبيرة، يحرصون على الترويج لها والتمكين من أسواقها أيا كان قدر الكحول الموجود فيها. فإذ اشترط المشرع لبيعها للذكور الأقل من ٢١ عاما، ألا يزيد الكحول فيها عن حد معين، وأجاز شراءها لكل أنثى تزيد سنها على ١٨ عاما، ولو جاوز الكحول فيها هذا الحد؛ وكان المشرع قد قرن هذا الحظر بعقوبة جنائية اختص البائعين بها؛ كان لهؤلاء البائعين الخيار بين القبول طواعية بالقيود التي فرضها المشرع عليهم بما يعوق حصول الآخرين على حقوقهم في شراء البيرة التي يبيعها؛ وبين المنازعة في دستورية عمل المشرع لتمييزه بين المواطنين لاعتبار يتعلق بالجنس.

([1]) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

([2]) See, Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 468 (1975).

فإذا انحاز البائعون إلى الخيار الثاني، وأقاموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوق الآخرين الراغبين في شرائها، كان دفاعهم عنهم، هو دفاع عن مصالحهم الشخصية في أن تظل مبيعاتهم الكلية من البيرة، على حالها، فلا تنخفض نسبتها(١).

ومثل البائعين للبيرة مثل غيرهم ممن يعنيهم الدفاع عن حقوق الآخرين في النفاذ إلى أسواقهم. ذلك أن العلاقة بين من يبيعون السلعة ومن يشترونها Vendar -Vendee Relationship،علاقة خاصة لا يجوز هدمها. وهي بذلك تعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق آخرين، مرده أن من يشترون سلعهم هذه، لا يتوافر لديهم إطار قانونى للدفاع عن حقوقهم بالنظر إلى أن المشرع خص البائعين بالعقوبة التى فرضها. وتلك صعوبة عملية تمنعهم من أن يقيموا بأنفسهم خصومة دستورية لطلبها(٢).

وقد تكون العلاقة بين الأخرين؛ ومن يقيمون الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم؛ علاقة مهنية professional relationship. فالأطباء الذين يتعاملون فى عياداتهم مع المتزوجين الذين يقصدونها للحصول علي الأجهزة الواقية من الحمل؛ إنما يدافعون عن حدود العلاقة الخاصة بين الرجل وزوجته بحكم العلاقة المهنية التي تربطهم بهما. فضلا عن أن توزيعهم لهذه الأجهزة علي المتزوجين، يعرضهم -وبوصفهم شركاء في جريمة استعمال الأجهزة الواقية من الحمل- للعقوبة الجنائية التي فرضها المشرع علي المتزوجين المخالفين لقانون حظر استعمالها. كذلك فإن انصياعهم للقانون الصادر بمنعهم من التعامل في الأجهزة الواقية من الحمل التي يطلبها المتزوجون منهم، مؤداه حرمان هؤلاء من شرائها(٣) وهو ما يناقض مصلحة البائعين لها في ترويجها. والبائعون بذلك يدافعون عن مصلحتهم الشخصية من خلال دفاعهم عن حق المتزوجين في استعمال الأجهزة الواقية من الحمل.

وقد يفرض المشرع عقوبة جنائية على الآباء الذين يمتنعون عن إلحاق أبنائهم بالتعليم العام. فإذا نازع القائمون على شئون التعليم الخاص في دستورية هذه العقوبة لمخالفتها لشرط الوسائل

---

(1) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

(2) Laurence H. Tribe, ibid, p. 138.

(3) Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).

القانونية السليمة في جوانبه الموضوعية، فإنهم بذلك يدافعون عن حق هؤلاء الآباء في إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص.

ذلك أن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء الذين يلحقون أبناءهم بالتعليم الخاص، لا يقتصر ضررها عليهم. وإنما يمتد هذا الضرر إلى القائمين على شؤون التعليم الخاص -الذين تحملهم العقوبة التى فرضها المشرع على الأباء، والتى منحتهم بها من إلحاق أبنائهم بالتعليم الخاص- على غلق مدارسهم بعد أن أعرض الآباء عن إلحاق أبنائهم بها، فلا يكون إغلاقها إلا ضررا يتفرع بالضرورة عن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء Derivative Injury. ومن ثم تقوم مصلحة المسئولين عن التعليم الخاص فى الطعن على هذه العقوبة وذلك لأمرين:

أولهما: أن الآباء قد يكونون عازفين عن مهاجمتها أو لا يملكون الوسائل التى ينازعون بها فى دستوريتها. ثانيهما: أن الآباء حتى لو صح عزمهم على مخاصمة هذه العقوبة، فلن يجدوا أمامهم غير مدارس لا حياة فيها، مغلقة أبوابها، بعد أن هجرها الطلبة الذين اضطرهم المشرع إلى الالتحاق بالتعليم العام([1]).

وفي هذه الصورة لا يقوم الاستثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن مصالح آخرين، على مفهوم العلاقة الخاصة بين من يبيعون السلعة وعملائهم، ولا بين من يقدمون الخدمة المهنية ومن يطلبونها، ولا لأن المشرع واجه المدعى فى الخصومة الدستورية بالعقوبة التى فرضها على الآخرين، وإنما لأن فرضها على الآخرين يلحق به ضررا إذا قبل هؤلاء الامتثال لها. فلا يكون ما أصابه من ضرر من جراء فرضها، غير ضرر مشتق من المضار التي سببها النص العقابي لهؤلاء الآخرين، والناجمة عن واجب فرضه المشرع عليهم والزمهم بتنفيذه.

ومن ثم تتداخل مصالحهم مع مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية، لتقوم بهذا التداخل علاقة السببية بين الضرر المشتق مما أصاب الآخرين من أضرار من جهة، وبين الحقوق التي منعهم المشرع من طلبها بالمخالفة للدستور من جهة ثانية.

([1]) Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

ويستحيل بالتالي أن تحل جهة الرقابة على الدستورية حقيقة ونطاق مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية التي أقامها للدفاع عن حقوق الآخرين، بغير الرجوع إلى طبيعة هذه الحقوق، وصلة المدعي في الخصومة الدستورية بها، وحدود قدرته في النضال من اجلها.

والحق أنه حتى في هذا الفرض، فإن المدعى في تلك الخصومة، إنما يناضل من أجل الدفاع عن حقوقه هو. ذلك أن ما توخاه هو إبطال قيود فرضها المشرع على آخرين لمنعهم من الاتصال به، فلا يكون نفاذه إلى حقوقهم، إلا كافلا مصلحته الشخصية في ضمان اتصاله بهؤلاء الآخرين.

وفي اعتقادنا فإن كل صلة لها أساسها -مهنية أو حرفية أو غير ذلك من صور العلائق التي تربط المدعى في الخصومة الدستورية بالآخرين- لا يتحقق بها معنى الغيرية في مجال الخصومة الدستورية. ذلك أن الغيرية بمعناها الحقيقي، ينفيها أن يكون المدعى في الخصومة الدستورية، قد أضير فعلا من جراء إخلال المشرع بالحقوق التي حجبها عن الآخرين، ولو كان هؤلاء الآخرون يفتقرون إلى الموارد التي يعتمدون عليها في النضال من أجل صون مصالحهم، أو يترددون في ولوج الطريق القضائي لضمانها([1]).

٤٤٥- وما يقره القضاء المقارن من أن الحقوق التي يطلبها المدعى في الخصومة الدستورية، لا يجوز أن تكون واقعة في غير منطقة المصالح التي يكفلها الدستور أو المشرع؛ هو تعبير آخر عن أن هذه الحقوق يملكها آخرون غير ممثلين فى الخصومة الدستورية. ولو أنهم طلبوها، لكانت مصلحتهم في اقتضائها من نوع المصالح القانونية التي يؤمنها الدستور أو المشرع. وهو ما يثير بالضرورة البحث فيما إذا كان المدعى في الخصومة الدستورية -وعلى ضوء ظروفها- يملك من زاوية دستورية تمثيل هؤلاء الغائبين في مصالحهم.

وقد يقلص المشرع من المزايا المالية التى يمنحها للمرأة التى تريد إجهاض نفسها إذا لم تقم بعملية الإجهاض هذه فى عيادة طبية. وهو ما ينعكس سلبا على أجور الأطباء الذين يقومون بعملية الإجهاض، ولو كان المشرع لم يمنعهم من إجرائها حتى بعد صدور هذا القانون. فإذا لجأ هؤلاء الأطباء إلى جهة الرقابة على الدستورية للطعن في دستورية ذلك القانون، فإنهم بذلك يدافعون عمن أعوزتهم الوسائل لإجراء الإجهاض. ويظل للأطباء الحق في الخصومة الدستورية،

([1]) Lourence H. Tribe, I bid, p 140.

ولو كانت المرأة الساعية لإجهاض نفسها، لا تريد الإعلان عن شخصيتها خوفـا مـن أهلـها أو حفاظا على سمعتها في مواجهة المحيطين بها، أو لتوجسها من فصلها في دائرة عملها([1]).

وفي هذا الفرض، فإن المصلحة التي يحميها الأطباء، هي في حقيقتها مقررة لغيرهم بمـا يقيمها محل مصالحهم في الاعتراض على النقص في دخولهم([2]) A Surrogate Standing.

ولئن كان ما تقدم مؤداه، أن الأصل هو ألا دعوى بلا مصلحة، إلا أن هذه القاعدة -سـواء في أصلها أو في صور الخروج عليها للتهوين من حدتها- لا يقتضيها الدستور، ولا تسـتنهضها كذلك آراء لقضاة يريدون فرضها بما يجاوز حدود الوظيفة القضائية التي لا تجـوز ممارسـتها بصورة لا تعقل فيها.

ولئن قيل بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة؛ لا يثير بالضرورة إشكالية فصل السلطة القضائية عن السلطتين الأخريين، وأن هذه الإشكالية تطرح نفسها -بالقوة ذاتها- عند الفصل فـي المسائل الدستورية؛ إلا أن من المحقق أن الرقابة على الدستورية لا يجوز أن تتحول إلى رقابـة بلا حدود. بل يتعين ضبطها في إطار منطقي يجعلها عملا وسـيلة ملائمـة لصـون الشـرعية الدستورية، وتسليط قيمها على عوائقها([3]).

المطلب الرابع
مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع

٤٤٦- ثمة أحوال يظهر المتقاضي فيها باعتباره مناضلا عن حقوق آخرين علي تقديـر أن له دوراً خاصاً في مجال تمثيلها، أكثر من كونه مدافعا عن حقوقه هو؛ أو بوصفه منـاضلا عـن حقوق آخرين بالإضافة إلى حقوقه هو. وأكثر ما يتحقق ذلك في المنظمة أو الجمعية التـي تقيـم دعواها الدستورية للدفاع عن مصالح نظامية Institutional interests تتعلق بتحقيق أهدافـها فـي مجال ضمانها مصالح أعضائها.

---

(1) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976).

(2) Eisenstadt v. Boird , 405 U.S. 438,446 (1972).

(3) Flast v. Cohen , 392 U.S. 83,102 (1968).

وللولاية الدفاع عن سيادتها وعن حقوق الملكية التي تخصها. وكذلك الدفاع عن مصالح مواطنيها ولحسابهم.

والمشرعون يدافعون إما عن واجباتهم الوظيفية التي تصون مصالحهم في مباشرتهم لامتيازاتهم؛ وإما عن المصالح الأعرض للناخبين الذين يمثلونهم.

وفي كل من هذه الفروض، يتعلق السؤال الأهم بتحديد الصفة التي تقيم بها المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع، دعواها الدستورية.

أولا: مصلحة الجمعية أو المنظمة

٤٤٧- في الفروض السابقة جميعها، فإن الصفة التي ظهر بها المدعى في الخصومة الدستورية، هي التي ينبغي التركيز عليها.

فالجمعية أو المنظمة التى تقيم دعواها بقصد الدفاع عن مصالحها الخاصة، تتقيد بالضوابط العامة التي تقتضيها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تطبيقها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، بالنسبة إليها([1]).

فإذا كان ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها، فإن مصلحتها تتوافر The organizational and associational standing بشرط أن تكون الحقوق التى تطلبها لمصلحة أعضائها هى ذاتها التى يجوز لهم طلبها لأنفسهم، وأن يكون مصالح أعضائها لها صلة وثيقة بالأغراض التى تقوم الجمعية أو المنظمة عليها، وألا تكون حضور أعضائها فى الخصومة التى تقيمها للدفاع عن مصالحهم، لازما سواء فى مجال طلبها أو الحصول على الترضية القضائية التى تتعلق بها([2]).

فالمنظمة التي يكون الغرض من إنشائها دعم صناعة التفاح وتشجيعها في الولاية التي يوجد بها مقر المنظمة، يجوز لها الدفاع عن مصالح أعضائها الذين يزرعونه أو يتجرون فيه، وذلك

(1) Simon v.Easern Kentucky Welfare Rights Org., 426 U.S 26,40 (1976).
(2) Hunt v. Washinagton states Apple Advertising commission, 432 U.S. 333 (1977); Havenes Realty car v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982).

من خلال الطعن في القيود التي تفرضها ولاية أخرى على تسويقه لها، بما يَحمل التجـــارة بيـــن هاتين الولايتين بأعباء لا يأذن الدستور بها([1]) Interstate – Commerce.

ولعل أكثر الشروط أهمية في مجال دفاع المنظمة أو الجمعية عن مصالح أعضائها، هو ما إذا كان تدخلهم شخصيا في الخصومة التي تمثل المنظمـــة أو الجمعيـــة مصالحـــهم فيـــها، لازم لاقتضاء حقوقهم، والحصول على الترضية القضائية المتعلقة بها.

ذلك أن مجرد ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية، لا يدل بالضرورة علـــى تمثيلها مصالح أعضائها بصورة ملائمة. ويتعين بالتالي أن تكون صفتها فـــي تمثيلـــهم موقوفـــة بدرجة كبيرة علي طبيعة الترضية القضائية التي تطلبها من أجلهم. فإذا كان ما تتوخاه من دعواها هو الحصول علي حقوق مالية تخص أعضاءها لتعويضهم عن أضرار أصابتهم، فإن تدخلهم في الخصومة الدستورية يكون لازما. وكذلك كلما كان نوع الضرر متصلا بـــهم. ذلـــك أن واقعـــة إضرار النصوص المطعون عليها بأعضائها، ونطاق هذه الأضرار؛ تقتضي تدخلهم بصورة فردية Individualized proof لإثباتها.

كذلك يشترط قضاة الشرعية الدستورية تدخل أعضاء الجمعية أو المنظمة بأنفسهم كلما كان تصادم مصالحها ومصالحهم، واقعا داخل المنظمة أو الجمعية ذاتها، أو كان حضورهم مطلوبا في الخصومة لإيضاح بعض واقعاتها([2]).

ثانيا: مصلحة الولايـــة

٤٤٨- وللولاية في نطاق التنظيم الفيدرالي، أن تؤمن نفسها في مواجهة الأضرار التي تنال من مصالحها. فمثل هذه الأضرار تخصها هي استقلالا عن مواطنيها. وفي هذه الحالـــة تتحـــدد مصلحتها المباشرة وفق القواعد ذاتها التي يطبقها قضاة الشرعية الدستورية في مجال إعمال هـــذا الشرط([3]) ومصالحها الشخصية هذه متنوعة في طبيعتها، ويندرج تحتها:

([1]) Hunt v.Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, (1977).
([2]) Harris v. McRae, 448 U.S.297, (1980).
([3]) Watt v.Energ Action, 454 U.S 151 (1981).

١. الحق في تأمين سيادتها على الأفراد جميعهم، وكذلك على كل كيان يكون واقعا في نطاق إقليمها.

٢. الحق في إقرار تشريعاتها المدنية والجنائية، وتنفيذها في مواجهة المخاطبين بها المقيمين في نطاق إقليمها.

٣. الحق في ألا تنازعها أية ولاية في حقوقها السيادية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحدود التي تفصل إقليم الولاية عن غيره من الأقاليم.

٤. الحق في حرمة الأموال التي تملكها والدفاع عنها، وأن ترد العدوان عليها، شأنها في ذلك شأن دفاع الأفراد عن ملكيتهم.

٥. الحق في مقاضاة أية ولاية عن الأعمال الضارة التي تصدر منها قبلها، أو من أشخاص موجودين في إقليمها. كفرض ولاية أعباء مالية على الغاز المصدر منها لولاية أخرى بما يزيد من تكلفة شرائه، ويقيد التبادل غير المعاق للتجارة بين هاتين الولايتين؛ وكإخلال ولاية في مواجهة غيرها بالقوانين الفيدرالية التي تخول كل ولاية السلطة الكاملة لاستغلال ثرواتها الطبيعية.

٤٤٩- وللولاية فضلا عما تقدم، الدفاع عن مصالح مواطنيها، بوصفهم أفراد من عائلتها Parens Patriae([١]) سواء كان ذلك لحماية رخائهم اقتصاديا كحماية بيئتهم مما يؤذيها([٢]) أو لحماية رخائهم العام فى مواجهة أعمال تصدر عن ولاية أخرى أو عن أشخاص خاصين([٣]) ويفترض ذلك أن تتوافر لمصالح مواطنيها درجة كافية من الوضوح تؤهل للقول بقيام نزاع حقيقي بينها وبين المدعى عليه في الخصومة الدستورية.

([١]) ويلاحظ أن مصلحة الولاية فى الدفاع عن مصالح مواطنيها كأفراد فى عائلتها، لا يجوز التمسك بها فى مواجهة الحكومة الفيدرالية.

Massachusetts v.Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

([2]) Kansas v.Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

([3]) Alfred L.Snapp and Son v.Purto Rice exrel, Barez, 458 U.S. 592 (1982).

ويندرج في إطار هذا النوع من المصالح، مصلحتها في تأمين مواطنيها بوجه عـــام فـــي مواجهة المخاطر التي تضر بصحتهم أو تنال من رخائهم العام. ولا يكفي في هذا المقام مجـــرد تحقق ضرر لمجموع محدد من المواطنين في إقليمها. وإنما يتعين أن يكون الضرر مـــن نـــوع الأضرار التي تواجهها الولاية -في الأرجح- بتشريعاتها، بقصد تسويتها.

وللولاية أن تقيم دعواها للحصول علي تعويض أو تسوية منصفة من جراء أضرار أحدثتها لمواطنيها ولاية غيرها من خلال إغراقها حقولهم بمياه الفيضان الناجمة عن تحويلها لنهر بها([1]). شأن هذا العمل شأن من يلوثون بيئتها بعمل يصدر عنهم في ولاية غيرها([2]).

ولكل ولاية كذلك مصلحة شبه سيادية، في إنهاء كل تمييز يخل بكيانها ومركزها القـــانوني داخل النظام الفيدرالي، بما يحول دون حصول مواطنيها علي نصيبهم العادل في المزايـــا التـــي يفترض أن تتدفق إليها كنتيجة لإسهامها في النظام الفيدرالي([3]).

وإذا كان للولاية الدفاع عن مصالح مواطنيها فيما يتعلق بصحتـــهم وراحتـــهم ورخائـــهم بوصفها ربا لعائلة تضمهم Parens Patriae، إلا أنها لا تمثلهم في مجال الدفاع عن حقوقهم قبـــل السلطة الاتحادية، ولا تحل محلهم في اقتضائها([4]).

ويظل ثابتا للولاية الدفاع عن حقوقها قبل السلطة الفيدرالية، ويندرج تحتها أن تنازع فـــي دستورية قانون فيدرالي أهدر اختصاصها في مجال تحديد شروط مباشرة مواطنيـــها لحقوقـــهم السياسية في إقليمها.

ثالثا: مصلحة المشرع

٤٥٠- وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية، يجوز أن يقاضيها أحد أعضائها عن طـــرده منـــها بالمخالفة للدستور، وأن يحصل على كل مكافأة حرم منها خلال مدة طرده([5]). ولا كذلك أن يقيم

([1]) North Dakota v.Minnesota, 263 U.S 365 (1923).
([2]) Georgia v.Tennesee Copper Co., 206 U.S 230 (1907).
([3]) Alfred L.Snapp and Son, Inc v.Puerto Rico, 458 U.S. 592, 607 - (1982).
([4]) Massachusetts v.Mellon, 262 U.S 447 (1923).
([5]) Powell v.McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

المشرعون الخصومة الدستورية بوصفهم ممثلين لهيئة الناخبين في الدفاع عن سلطاتهم التشريعية في مواجهة كل إخلال بها. ذلك أن مثل هذه الخصومة هي في حقيقتها دفاع عن مصالح آخرين.

وقد تتدخل السلطة التنفيذية لحرمان السلطة التشريعية من امتياز مقرر لها وفقا للدستور، كامتيازها في تعديل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه؛ وامتيازها في إقرار معاهدة دولية بعد الدخول فيها وكشرط للتصديق عليها. وقد تمنعها من عقد جلساتها؛ أو تتراخى في دعوتها إلى الانعقاد في المواعيد التي نص عليها الدستور؛ أو تصدر قرارا بحلها في غير الأحوال التي حددها؛ أو تحول دون إبداء أعضائها لآرائهم في لجانها، أو أثناء عقد جلساتها. ففي هذه الفروض جميعها يجوز للسلطة التشريعية أن تجحد مشروعية الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بالمخالفة للدستور، بشرط أن يكون بإمكان السلطة التشريعية تعيين المضار التي ألحقتها السلطة التنفيذية بها؛ وألا يكون بوسعها أن تزيل آثارها بإجراء من جانبها؛ وأن تكون الترضية القضائية التي تقدمها للسلطة التشريعية جهة الرقابة على الدستورية، ملائمة في محتواها لإنهاء الأضرار التي سببتها السلطة التنفيذية لها.

فلا يحول دون الحصول على هذه الترضية أن يُنظر إلى النزاع بين هاتين السلطتين باعتباره من طبيعة سياسية.

ذلك أن من غير المقبول أن تخرج السلطة التنفيذية عن حدود ولايتها التي رسمها الدستور لها بغير ترضية قضائية تُعينها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لمواجهة آثاره([1]).

خاصة وأن تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، يقوض بنيانها، ويهدد ولاية السلطة التشريعية وواجبها في الإصرار على ممارستها على الوجه المنصوص عليه في الدستور([2]). شأنها في ذلك، شأن كل فرد يضار من عمل صدر عن السلطة التنفيذية ليعطل جانبا من حقوقه التي كفلها الدستور. ولا كذلك ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال تخل بالعملية التشريعية بطريق غير مباشر. ومن ذلك ألا تقدم السلطة التنفيذية إلي السلطة التشريعية ما لديها من

([1]) Goldwater v.Carter, 444 U.S .996, 997,1001 (1979).

([2]) فالحرب التى يعلنها رئيس الجمهورية بغير موافقة البرلمان لها مخاطرها على عمله سواء من جهة توجيه الاتهام إلى رئيس الجمهورية Impeachment أو من ناحية رصد اعتمادات لهذه الحرب بغير مسوغ.

معلومات قد تعاونها فى العملية التشريعية التى تتولاها([1]). وليس للسلطة التشـــريعية كذلــك أن تختصم السلطة التنفيذية قولاً منها بأنها لم تقم بتنفيذ القوانين التى أقرتها بصورة ملائمـــة؛ ولا أن تنازع فى دستورية قانون ووفق عليه وفقاً للدستور. ذلك أن مصلحتها فى الفروض السابقة، يتعذر تمييزها أو فصلها عن عموم مصلحة المواطنين منظوراً إليهم فى مجموعهم.

([1]) Harrington v. Bush, 553 F.2d190 (D.C.Cir. 1977).

المبحث الثاني عشر
امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية

٤٥١- لا تثير الخصومة الدستورية، غير التعارض المدعى به بين نص قانونى وقاعدة في الدستور. فإذا كانت المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية متعلقة بالتعارض بين تشـريعين من ذات المرتبة؛ أو بين تشريعين يختلفان في مرتبتيهما؛ وكان كلاهما دون الدستور قدرا؛ فـإن الفصل في هذه الخصومة لا يدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لها الفصـل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور قبل التحقق من اختصاصـها ولائيـا بنظرها؛ ثم تثبتها من اتصالها بالخصومة -التي تطرح دستورية هذه النصوص- وفقا للأوضـاع المنصوص عليها في قانونها([1]).

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا، أن رقابتها على الشرعية الدستورية، لا شأن لها بالتناقض بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين؛ أو بين تشريعين جمعتهما درجة واحدة فـي مجـال تـدرج القواعد القانونية، ولا بالتعارض بين نصين واردين في قانون واحد، أو في لائحة واحدة([2]).

كذلك لا تثير الخصومة مسائل دستورية، إذا كان قوامها تعـارض النصـوص القانونيـة المطعون عليها، مع وثيقة لا يحيل الدستور إليها ويجعلها جزءاً من أحكامه؛ ولو كانت هذه الوثيقة إعلانا للحقوق. وليس بشرط لاعتبار الوثيقة جزءا من الدستور، أن يكون إقرارها قد تـم وفـق القواعد ذاتها التى التزمها الدستور فى مجال إقراره. وإنما يكفى أن يحيل الدستور إليها ويدمجـها فيه حتى تصير جزءا من قواعده. فإذا لم تلحق الوثيقة بالدستور، جاز تعديلها وفق القواعد ذاتـها التى يقر بها البرلمان القوانين التى يوافق عليها.

وقد لا يحيل الدستور إلى الوثيقة المنفصلة عن قواعده، وتظل لها مع ذلك قوة الدسـتور إذا كانت السلطة التى أصدرتها، قد ساوتها به فى القوة والأثر.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- قـاعدة رقـم ١٣ -جلسـة ١٩٩٥/١٢/٢- ص٢٢٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- قاعدة رقم ٤٧ -جلسة ١٥ يونيـو ١٩٩٦- ص ٧١٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

٤٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يكون للاتحاد دستوره الخاص. ولكل ولاية كذلك دستورها المحلى وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية في نطاق إقليمها. وعليها جميعا أن تتقيد في تشريعاتها وتصرفاتها بدستور الاتحاد، وإلا جاز الطعن عليها بمخالفتها لقواعده، ولو كان دستورها المحلي يجيزها، أو لا يعارضها. وشرط ذلك بطبيعة الحال، أن يظل الاتحاد قائما، فإذا انفرط عقد الاتحاد كلية. أو تقلص عدد ولاياته، فإن كل ولاية تخرج من الاتحاد، لا تسري عليها تنظيماته جميعها، ولكنها تستقل بكيانها، وبتصريفها لشئونها.

٤٥٣- وقد كانت مصر طرفا فى اتفاق ضمها مع كل من الجمهورية العربية السورية والجمهورية العربية الليبية بقصد تكوين اتحاد ينبسط بتنظيماته على كامل أقاليمها، باعتباره نواة لوحدة عربية أشمل، وقاعدة لدعم قدراتها على تكوين جبهة أساسية تتفاعل فيما بينها، وتزيل الحواجز والفوارق الإقليمية التي تعوق حركتها.

ولم يصمد ذلك الاتحاد بعد إنهاء مصر لعضويتها فيه، وانسحابها من مؤسساته جميعها بما فيها سلطته التشريعية. وتم ذلك بقانون([1]).

وقد أقام عضو فى هذه السلطة خصومة دستورية طلب إلزام المدعى عليهم فيها، بأن يعوضوه عن زوال عضويته بها، وكذلك عن كافة المزايا المالية التي كان يمكن أن يحصل عليها لو ظل الاتحاد قائما، وبقي هو عضوا في السلطة التشريعية الاتحادية. وقد أسس المدعي دعواه علي أن الاتفاق علي تكوين الاتحاد فيما بين الدول الثلاث المشار إليها، ينحل إلي معاهدة دولية، وأن إنهاء مصر لعضويتها فى الاتحاد بقانون صدر عنها، يناقض التزاماتها الأساسية فيه، والتى تمنعها من الانسحاب بإرادتها المنفردة.

وقد قضى فى هذه الخصومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظرها. وذلك تأسيساً علي ما يأتي:

([1]) كانت هذه السلطة تسمي مجلس الأمة الاتحادي. وقد انسحبت مصر من الاتحاد بمقتضى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤- وهو القانون الذي طعن بعدم دستوريته.

أولا: أن نصوص دستور جمهورية مصر العربية لا يجوز تطبيقها فى غير نطاق إقليمـها؛ وأن القواعد الأساسية لهذا الاتحاد تظل لها ذاتيتها، ولو كان لها خصائص القواعـد الدستورية وملامحها، بل ولو أقرتها الجماهير فى استفتاء عام. ويتعين بالتالى فصل هذه القواعد عن دستور جمهورية مصر العربية.

ثانيا: أن اتحاد وثيقتين في طريقة إصدارهما، أو انطوائهما معا علـى قواعـد دستورية بطبيعتها، لا يدمجهما في بعض، ولا يحيلهما إلى وثيقة واحدة تتفرق أجزاؤها، كلما كان لكل منها إقليم يتعلق به نطاق تطبيقها؛ وكان لكل من هاتين الوثيقتين أهدافها التى تستقل بها. فضلا عـن صدورهما عن سلطتين تأسيسيتين مختلفتين، وتعلق إحداهما بدولة مركبة هـي دولـة الاتحـاد، وأخراهما بدولة بسيطة هي مصر بما ينعكس لزوما على جوهر الأحكام التي احتوتها كل منهما.

ثالثا: أن انسحاب مصر من معاهدة دولية تكون طرفا فيها، مؤداه التخلي عن أحكامها فـي مجموعها، فلا يكون انسحابها منها إجراء موقفا لنفاذها قبلها، ولا هو تعديل لبعض أحكامها، بـل إنهاء لوجودها في علاقتها بها. ذلك أن الانسحاب -وباعتباره تصرفا قانونيا يصدر عن إحـدى الدول بإرادتها المنفردة لدواع تقدرها- يظل واقعا في إطار إدارتها لشؤونها الخارجية، ومنطويـا على تحديد نطاق روابطها بغيرها من الدول، فلا يثير تحللها من معاهدة أبرمتـها معـها غـير مسئوليتها الدولية عند قيام موجبها. وإذ كان رؤساء كل من مصر وسوريا وليبيا قد عهدوا إلـى لجنة ثلاثية بوضع مشروع دستور لتنظيم الاتحاد في إطار من الأحكام الأساسية التي اتفقوا عليها، فإن زوال معاهدة تكوين الاتحاد في علاقة مصر بكل من سوريا وليبيا، يدل بـالضرورة علـى سقوط ذلك الدستور في نطاق روابطها بهاتين الدولتين([1]).

([1]) "دستورية عليا" -الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية- "دستورية" -قاعدة رقم ٢٩ -جلسـة ١٩٩٦/٣/٢- ص ٥٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثالث عشر
امتناع مخاصمة النصوص القانونية التي
أفاد الطاعن من مزاياها

٤٥٤- من المقرر في القضاء المقارن([1])، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا([2]) أن الذين يحصلون من قانون على مزايا يقبلونها، لا يجوز لهم الطعن فى دستورية هذا القانون([3]). وينظـو القضاء المقارن إلى هذه القاعدة بوصفها مبدءاً أوليا Axiomatic فى مفـاهيم قضـاة الشـرعية الدستورية الذين يرون أن الذين يستبقون لأنفسهم مزايا وفرها لهم المشرع من خلال قـانون، لا يستطيعون الطعن بعدم دستورية نص فيه. ذلك أن المزايا التى يفيدون منـها، يسـتحيل توفيـق حصولهم عليها مع إنكارهم دستورية القانون الذى كفلها([4]).

One cannot in the same proceedings, both assail a statute and rely upon it . Nor can one who avails himself of the benefits of a statute , deny its validity.

ولا يجوز لهم بالتالى لو حصلوا على ترخيص بمزاولة عمل ما وفق قانون معين، إنكـار دستورية القانون المرخص لهم بمباشرة هذا العمل.

٤٥٥- بيد أن هذه القاعدة تثير شكوكاً خطيرة حول منطقيتها وعدالتها. ذلك أن المخـاطبين بالنصوص القانونية -كتلك التى تمنحهم ترخيصا بمزاولـة مهنـة أو عمـل بشـروط معينـة- يضطرون إلى توفيق أوضاعهم معها حتى لا يحرموا من العمل بما يضر بحقهم فى الحياة؛ وحتى لا تصيبهم هذه النصوص بعقوباتها التى تفرضها عليهم كجزاء على عدم التزامهم بأحكامها. فـلا يكون أمامهم من خيار غير التقيد بتلك النصوص التى يؤمنون بمخالفتها للدستور.

([1]) Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297U.S. 288 (1936).

([2]) دستورية عليا -القضية رقم ١٤ سنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقـم ٤٧ ص ٧٣٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

([3]) Wilkes v. Dinsman (1849, U.S. 7 How 89; Wall v. Parrott Silver and Copper Co. 244 U.S. 407 (1917).

([4]) Buck v. KuyKendall, 267 U.S. 307 (1925).

ويستحيل بالتالي النظر إلى الشروط التي علق المشرع عليها مباشرة الحق -كالحق في العمل- باعتبار أن الخضوع لها، مؤداه التسليم بها. ذلك أن خضوعهم للقانون أمر لا خيار لهم فيه. فإذا جحد هذا القانون حقا مكفولاً لهم بنص فى الدستور، جاز لهم إنكار دستوريته، وعلى الأخص إذا كان ذلك القانون يضر بهم فى مجموع أحكامه، ولو كانوا قد حصلوا قبل الطعن عليه على بعض مزاياه التى لا تتكافأ قيمتها مع الأضرار التى أصابهم ذلك القانون بها.

ويتعين بالتالى للقول بعدم جواز الطعن فى قانون أفاد الطاعن من مزاياه، أن يكون تلقى الطاعن للميزة التى كفلها هذا القانون، عملاً إراديا صرفا، ووشيا بقبول ذلك القانون في جملة أحكامه. ذلك أن الميزة الموافقة للدستور تفترض أمرين:

أولهما: أن يكون الطاعن قد تلقاها باختياره. ثانيهما: أن يتوافر فى هذه الميزة شرط التخصيص Specificity. وهو شرط يحتم حصرها فى الدائرة الضيقة التى تعمل فيها، فلا تجهض غيرها من الحقوق التى لا صلة لها بها([1]) ولا كذلك النصوص القانونية المتشابكة التي يتعين أن يؤخذ بها في جملتها، والتي يتعذر فصل بعض اجزائها عن باقيها. ذلك أن هذه النصوص تؤخذ متكاملة، فلا يجوز فصل بعض اجزائها عن بعض بالنظر إلى ما بينها من ترابط. فإذا وفر النص المطعون فيه ميزة للطاعن لا شأن لها بباقي نصوص القانون، فإن انفرادها بذاتيتها لا يجيز الطعن فيها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون فيه اذ خول كل ذي شأن حق المنازعة في تحديد قيمة الأموال المشمولة بالحراسة وقيمة التعويض المستحق عنها خلال ستين يوماً من تاريخ علمه أو إخطاره على يد محضر بهذا التحديد وبقيمة التعويض، فإن هذا الحكم يتمحض لمصلحة المدعين، ولا يتصور أن يكون قد أضر بهم. وليس لأحد -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يطعن على نص تشريعي يكون قد أفاد من مزاياه([2]).

([1]) فلو أن تشريعا ضرائبيا رفع حد الإعفاء من الأعباء العائلية، فإن قبول الطاعن لهذه الميزة وإن منعه من الطعن عليها بعد أن ارتضاها، إلا أن هذا القبول لا يسقط حقه فى الطعن على ما تضمنه قانون الضريبة من أحكام أخرى.

([2]) القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٩/٥ ص ٢٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

المبحث الرابع عشر
امتناع الفصل في خصومة نزل رافعها عن الحقوق التي يطلبها فيها

٤٥٦- النزول عن الحقوق إسقاط لها. وشرط ذلك توافر الدليل على إرادة التخلي عنها، فلا يبقى لها من وجود بعد زوالها. فإذا نزل المدعى فى الخصومة الدستورية عن الحقوق التى طلبها، والتى تتعلق بها الترضية القضائية التى تستحقها؛ فإن هذا النزول يجرد دعواه من كل فائدة كان يرتجيها منها، فلا يكون ثمة محل تتعلق به الترضية القضائية التى ما أقام دعواه إلا بقصد الحصول عليها؛ وذلك سواء كان النزول عن هذه الحقوق صريحاً أم ضمنياً، متخذاً سلوكاً أو تصرفا قانونيا؛ وسواء تحقق هذا النزول بانقضاء ميعاد حدده المشرع لاقتضاء الحق(١)، أم كان هذا النزول عملاً إرادياً.

وقد يتعلق النزول بأحد الحقوق التي كفلها الدستور، كالنزول عن الحق في المثول أمام محلفين(٢)؛ أو عن الحق في الحصول على مشورة محام(٣)؛ أو عن الحق في ألا يحمل الشخص على الإدلاء بأقوال يقوم بها الدليل على ارتكابه لجريمة بذاتها(٤). وكذلك النزول عن الحق في ألا يحاكم غلانية(٥)؛ وفي ألا يقبض عليه دون أمر قضائي وبناء على تحقيق(٦).

وإذ كان النزول عن الحقوق جميعها -بما في ذلك تلك التى كفلها الدستور- لا يفترض، فقد تعين للقول بنزول المدعى في الخصومة الدستورية، عن الحقوق التى طلبها فيها، أن يكون ذا صفة فى اقتضائها، ثم تخلى عنها بعد أن علم علما يقينياً -لا فرضيا أو حكمياً- بحقيقتها وأبعادها. فإذا كانت الحقوق المدعى نزوله عنها من الحقوق الأساسية التى كفلها الدستور لكل مواطن، فإن القضاء المقارن -وفى الدول الفيدرالية على الأخص- يستنهض كل قرينة تناقض هذا النزول. ذلك أن الحقوق التى يكفلها الدستور الفيدرالى لكافة المواطنين تعتبر من المسائل الفيدرالية التي يعود اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم الفيدرالية، التي يتعين عليها أن تقرر ما إذا كان

---

(1)Yakus v. United States 321 U.S 414, 444 (1944).
(2) Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, (1966).
(3) Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458 (1938).
(4) Escobedo v. Illinois 378, U.S.478 (1964).
(5) Singer v. United States 380 U.S. 24 (1965).
(6) Zap v. United States 328 U.S. 624 (1946).

إخفاق المدعى في الخصومة الدستورية في اللجوء إلى الوسائل الإجرائية التي كفلها قانون الولاية للحصول على الحماية التي يطلبها للحقوق التي يدعيها، يأخذ حكم النزول عنها([1]).

٤٥٧- وفي مصر، تقبل المحكمة الدستورية العليا تخلى المدعى عن الخصومة الدستورية التى رفعها، كلما جاز في القانون اعتباره تاركا لها. فإذا نزل عن الحقوق موضوعها، فإن هذا النزول لا يعنيها، إذ الشأن فى إثباته لمحكمة الموضوع.

وفي الأعم من الأحوال لا يعود المدعى إلى هذه الخصومة بعد تركها؛ وإن جاز دائما أن يرفعها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا وفق القواعد المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها.

وفى هذا المقام يتعين التمييز بين ترك الدعوى والنزول عن الحق المتنازع عليه فيها. ذلك أن ترك الدعوى مؤداه عدم موالاة نظرها، وانقطاع صلة المدعى بها. ولكن هذا الانقطاع لا يحول دون رفعها من جديد طلبا للحقوق ذاتها التى كانت تدور حولها دعواه الأولى ما لم تتقادم. ولا كذلك أن يسقط المدعى فى هذه الخصومة الحقوق موضوعها، لأنه يزيلها بتخليه عنها. فإذا عَرَض مثل هذا النزول عن المحكمة الدستورية العليا، فإن تحققها من جوازه لا يدخل فى ولايتها. فإذا نزل عن الحق فى دعواه الدستورية، وجب عليها ألا تقبل هذا النزول إلا إذا بان لها بدليل قطعى استيفاءه لتسوية شاملة لهذا الحق تكفلها له السلطة التي جحدته، لتحل هذه التسوية الاتفاقية محل الترضية القضائية.

فإن لم تكن ثمة تسوية من هذا القبيل -وموضوعها بالضرورة حقوق من طبيعة مالية- فإن مضيها فى نظر الخصومة الدستورية يكون واجباً. فالحق فى التعويض عن التأميم أو عن نزع الملكية، وكذلك رد الأموال المصادرة إلى إصحابها، جميعها من الحقوق المالية التى تعتبر تسويتها من السلطة التى جحدتها، شرطاً لازماً للتخلى عن الخصومة الدستورية.

أما ما كان من الحقوق متصلا بالشخصية الإنسانية، كالحق فى الحياة وفى الحرية، وفى المساواة، وفى الخلق والإبداع، فإن النزول عنها يفيد عودة المتنازل إلى أوضاع السخرة والرق، وسحق آدمية الإنسان فيه، وهو مالا يجوز.

([1]) Parker v. Illinios 333 U.S. 571, 574 (1948).

المبحث الخامس عشر
امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها([1])

٤٥٨- قد يقيم الفرد خصومة قضائية تتوافر فيها كل الشرائط التي يقتضيها الدستور والمشرع في شأن مقوماتها وأوضاعها التي يتهيأ بها موضوعها للفصل فيه، كاكتمال عناصر نضجها، وحدة النزاع بين أطرافها. بيد أن موضوع هذه الخصومة قد يثير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع النزاع([2]) ذلك أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تمتد إلى مسائل يتعذر الفصل قضائيا فيها. وتمثل الشئون الخارجية النطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن قضاة الشرعية الدستورية يتجنبون الفصل في الطريقة التي تدار بها هذه الشئون بالنظر إلي اتصالها بالسياسة الوطنية، وتعقد العناصر التي تدخل في تكونيها وتشعبها.

وعلى ضوء هذا المفهوم، يدخل تقدير ملاءمة التفويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية، في إطار المسائل السياسية. ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اختصها الدستور بها. كقرارها بأن ممثلي الدول الأجنبية المعتمدين لديها،هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها([3])؛ وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية، قد وقعها ممثلها([4]). وليس لجهة الرقابة القضائية كذلك أن تجحد اعترافها باستقلال إحدى الدول([5]) أو أنها تباشر سيطرة فعلية على إقليمها([6])؛ ولا أن تنازعها في قرارها بأن حربا اضطرم أوارها وتدور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أعمالاً عدائية قائمة بينها([7])؛ ولا أن تخوض في قرارها بأن

([1]) Scharpf, "Judicial Review and the Political question" A fundamental Analysis. 75 Yale law journal, 517, 566- 82 (1966); Finkelsteim, "Judicial Self- Limitation. 37 Harv. L. Rev. 338, 361 (1924); Redish", Judicial Review and the Political Question". 79 N.Y.L. Review 1031, 1022- 1055 (1985).

([2]) Department of Commerce v.Montana 503 U.S.442 (1992).

([3]) In Re Bais 136 U.S. 403 (1890).

([4]) Doe v. Braden 75 U.S. 16 How , 635 (1853).

([5]) United States v.Palmer, 16 U.S. (3 Wheat) 610 (1818); Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890); Oetjen v.Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918).

([6]) Foster V. Nelson, 27 U.S. (2pet) 253 (1829).

([7]) Ware v. Hylton 3 U.S. (3Dall) (1796).

إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية، لم تعد تمثل شعبها، وأن كيانا جديدا قد حل محلها([1]). ولا أن تناقشها في الكيفية التي تدير بها علاقاتها السياسية([2]).

ويعتبر كذلك من الأعمال السياسية:

١. قرار تكوين قوة نظامية سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بموافقة السلطة التشريعية. وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أو تجهيزها أو تدريبها، أو بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يقيم بنيانها ويكفل نهوضها بمسئوليتها([3]).

٢. قرار الدخول في معاهدة دولية سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بمشورة السلطة التشريعية، وموافقتها.

٣. قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطا بموافقة السلطة التشريعية.

٤. قرار السلطة التنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية([4]). كلما بني هذا الرفض على تقارير قدمتها إليها الأجهزة الأمنية. وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل نفسها محل السلطة التنفيذية في مجال تقييمها لتلك التقارير التي تتسم بسرية معلوماتها وبحساسيتها، ويتعذر كشفها لجهة الرقابة. فضلا عن أن الاطلاع عليها، تكتنفه محاذير كثيرة ينبغي توقيها. كذلك فإن رفض هذا الترخيص يرتبط بعوامل كثيرة يعذر التنبؤ بها، ويعود النظر

([1]) راجع في ذلك رأي القاضي Brennan في قضية Goldwater v. Carter, 444 U. S. 996 (1979) وتتلخص وقائعها في أن الحكومة الأمريكية المركزية ألغت معاهدة الدفاع المشترك بينها وبين تايوان بعد اعترافها بجمهورية الصين الشعبية.

([2]) In re Baiz , 136 U.S. 403 (1890).

([3]) Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 (1973).

([4]) Chicago and S.Air Lines v Waterman S.S Corp., 333 U.S. 103,111, (1948).

ويلاحظ أن قرار السلطة التشريعية بتوافر الشروط التي يتطلبها قانون أقرته في شأن أحد المخاطبين بأحكامه، لا يعتبر من المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في توافر هذه الشروط أو تخلفها من إختصاص السلطة القضائية وحدها.

فيها إلى المسئولين عن رخاء شعبهم حتى لا يعاق. فضلا عن أن منح هذا الترخيص أو حجبه يتصل بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

٤٥٩- وما يقال من أن نصوص الدستور جميعها ينبغي إحترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفا لها، أيا كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها؛ وإلا جاز التذرع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها([1])؛ مردود أولاً: بأن المسائل السياسية تعصمها طبيعتها عن مراجعتها قضائيا؛ وأن ما قد يثور من جدل بشأنها لا يجوز أن يتناول حقيقتها، ولا ضرورة تجنبها؛ وأن معايير تطبيقها، وضوابط تحديدها -التي لا زال النزاع حولها محتدما حتى في النظم غير الفيدرالية- هي التي ينبغي التركيز عليها، وأن نوجه اهتمامنا لها.

ومردود ثانيا: بأن قضاة الشرعية الدستورية، وإن كانوا لا يفصلون في المسائل السياسية، فليس ذلك لأنهم يغضون أبصارهم عن مناطق في الدستور، فلا يرونها، ويتجاهلون بالتالي حقيقة أن نصوص الدستور جميعها لا تتأبى على التطبيق، وأنها في حقيقتها قانون يتعين فرض أحكامه على الدولة والناس جميعهم. ذلك أن السلطة القضائية إذ تقرر أن الدستور قد عهد باختصاص معين إلى الكونجرس أو إلى السلطة التنفيذية، فإنها لا تتخلى بذلك عن ولايتها، ولكنها تقرر فقط أن مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص معين بناء على نص في الدستور، لا يولد حقوقاً لآخرين يجوز استخلاصها قضائيا وتنفيذها جبراً Judicially enforceable rights.

ذلك أن تقرير هذه الحقوق وتنفيذها، لا يلتئم والسلطة المنفردة التي يملكها البرلمان أو التي تباشرها السلطة التنفيذية وفقاً للدستور. ولا يخول السلطة القضائية أن تحل محلهما فيما قصره الدستور عليهما. ويقتضيها ذلك أن تتحقق أولا مما إذا كانت السلطة التي يباشرها البرلمان أو السلطة التنفيذية واقعة في الحدود المنصوص عليها في الدستور. فإذا بان لها ذلك، فإن مزاحمة إحداهما في اختصاص أفرده الدستور لها، يكون لغواً.

ومردود ثالثا: بأن السلطة القضائية إذ تنحى نفسها عن الفصل في المسائل السياسية، فإنها لا تفصل في شرط المصلحة؛ ولا في شكل الترضية القضائية التي يستحقها المدعى في الخصومة

([1]) Henkin, "Is There a Political Qustion Doctrine", 85 Yale L.J. 607- 17 (1976).

الدستورية؛ ولا في نوع الأضرار التي يقول بحدوثها؛ ولكنها تقرر فقط أن الحقوق التي يطلبها المدعون في الخصومة الدستورية، يفترض أن ترتبط بأضرار أصابتهم بغير حق. وهو ما لا يتحقق في مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص أفرده الدستور لهما، إذ ليس ثمة قيود يمكن فرضها على هذا الاختصاص، وليس ثمة حقوق يمكن استخلاصها بالتالي كنتيجة مترتبة على تجاوز قيود نص الدستور عليها(1).

٤٦٠-ومن المقرر كذلك أن تشخيص المسائل السياسية أو تصنيفها لفصلها عما سواها، لا يتأتى من خلال معيار عام يعتبر جامعا لكل فروضها، أو محيطا بصور تطبيقاتها على اختلافها. وإنما يعتد في تحديد المسائل السياسية بتفريدها لا بتعميمها، حتى تتحقق جهة الرقابة القضائية من توافر متطلباتها في كل حالة على حده(2)

Political questions may be more amenable to description by infinite itemization than by generalization.

ومع التسليم بأن مفهوم المسائل السياسية ليس مستعصيا على التحديد، وعلى الأقل في مناطق بذواتها تبدو فيها هذه المسائل وثيقة الصلة بالحدود التي احتجزها الدستور لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية وفقا لضوابط الفصل بينهما؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية تطور في القضاء المقارن. ذلك أن النظرة التقليدية لها هي التي بلورها القضاء الأمريكي في قضية Marbury v. Madison وحاصلها أن يفصل قضاة الشرعية الدستورية في كافة المسائل الدستورية التي تعرض عليهم، وذلك فيما خلا تلك التي يكون الدستور قد ناط مسئولية اتخاذ قرار منها فيها بالسلطة التشريعية أو التنفيذية(3). وليس لهم بالتالي إقحام أنفسهم في مسائل عهد الدستور بها إلى السلطة التنفيذية منفردة(4).

---

(1) Laurence H. Tribe, 97- 98 .

(2) Frank, Political Questions, Supreme Court and Supreme Law (Bloomington, 1954), p.36.

(3) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 Harvard Law Review, 1,7 (1959); "Weston, Political Questions", 38 Harv. L. Rev., 296 (1925).

(4) Marbury v.Madison, 1Cranch (5 U.S.) 137, 170, (1803).

فقد تقرر في هذه القضية الأخيرة أن المسائل المعتبرة بطبيعتها سياسية، أو التي عهد بها الدستور إلى السلطة التنفيذية، لا يجوز أن تنظرها المحاكم.

ففي قضية Ware v. Hylton رفض القضاء الأمريكي النظر فيما إذا كان رئيس الجمهورية قد أخل بمعاهدة دولية(¹). وكذلك فيما إذا كان استدعاؤه الميليشيا بناء على تفويض من الكونجرس، يعتبر إجراء ملائما أو غير ملائم(²).

كذلك قرر القضاء الأمريكي -في قضية Luther v.Bordon- أن وجود جهتين متناحرتين تتصارعان على السلطة في جزيرة Rhode Island يخول الكونجرس دون غيره، أن يقرر أيتهما هي الحكومة الشرعية. فإذا فصل في ذلك، تعين عليه أن يفصل بعدئذ فيما إذا كان شكلها يعد جمهوريا أو لا(³).

وقد خول الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية أن يوفر الحماية لكل ولاية في مواجهة اضطراباتها الداخلية، وأن يتدخل بالقوة لإعادة الهدوء والنظام إليها بناء على طلب السلطة التشريعية في الولاية أو حاكمها.

ولرئيس الجمهورية في هذه الأحوال أن يحدد في نطاق سلطته التقديرية، الجهة التي تعتبر من منظوره، هي السلطة التشريعية في الولاية، ومن هو حاكمها.

وليس لجهة قضائية أن تقرر أن جهة غير التي عينها رئيس الجمهورية، هي السلطة التشريعية المحلية، أو أن شخصا غير من حدده، هو حاكمها(⁴).

٤٦١- وعبر السنين، ظل تطبيق مفهوم المسائل السياسية قائما على أن بعض المسائل الدستورية لا تقبل بطبيعتها الفصل قضائياً فيها Non Justiciable Issues. ودل القضاء المقارن على أن المسائل السياسية تكون كذلك:

(¹) Ware v.Hylton, 3 Dall (3 U.S.) 199 (1796).

(²) 12 Wheat (25 U.S.) 19 (1827).

(³) Luther v.Bordon 7 How. (48 U.S.) 1, (1849); See also Pacific States Tel v.Oregon 223 U.S.118 (1912).

(⁴) Luther v. Borden ,7 How. 48 (U.S.) 1,40 (1849) .

ويدخل كذلك في إطار المسائل السياسية تحديد من هو الحاكم الفعلي أو الشرعي De jure orde fact في دولة أجنبية.

١. إذا لم تتوافر لقضاة الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل فى النزاع وتعذر عليهم الحصول عليها(١).

The lack of requiste information and the difficulty of obtaining it.

٢. أو إذا كان ضرورياً توحيد القرار فى بعض المسائل، وإحالته إلى الأفرع السياسية التى تتولاه بحكم مسئوليتها الأعرض(٢).

The necessity for uniformity of decision and deference to the wider responsibilities of the political departments.

٣. أو إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستنهضونها لحل النزاع المطروح عليهم

The lack of adequate standards to resolve a dispute.

٤٦٢- وتحدد المسائل السياسية بالتالى صورا من القيود التى يطرحها الدستور على مباشرة قضاة الشرعية الدستورية لولايتهم. ومن ثم تكون المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل بالمسائل التى لا يجوز الفصل قضائيا فيها بوجه عام. وإذا كان قضاة الشرعية الدستورية يتجنبون الخوض فى المسائل السياسية بما يضر بهيبتهم، أو يشئ بتسرعهم.

A way of avoiding a principled decision damaging to the court or an expedient decision damaging to the principle.

إلا أن من المحقق أن المسائل السياسية لا قيام لها، كلما كان الإخلال بقاعدة فى الدستور -كتلك التى تتعلق بشرط الحماية القانونية المتكافئة- يولد حقوقاً لهؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه القاعدة، أو حد من نطاق تطبيقها.

وخير مثال على ذلك قضية Baker v. Carr. ذلك أن موضوعها تعلق بتقسيم أجراه مشرع الولاية للدوائر الانتخابية المختلفة فى عدد سكانها، والتى كان من شأن اختلافها على هذا النحو، أن صار للناخبين فى الدوائر الانتخابية الأكثر كثافة فى عدد سكانها، أصواتا وزنها أقل من وزن أصوات الناخبين فى الدوائر الأقل فى عدد سكانها، بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة بين

(1) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 453 (1939).
(2) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962)

هؤلاء وهؤلاء. وقام قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى هذه القضية على أساس أن المسائل السياسية؛ Political Questions غير القضايا السياسية Political Cases؛ وأن من سلطة المحكمة أن تفصل فى كافة المسائل التى يطرحها المتداعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة اختصاص مقرر بالدستور؛ وأن معايير تطبيق شرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل النزاع المتعلق بها فى نطاق المسائل السياسية(¹).

٤٦٣- وتحليل القضاء المقارن في شأن المسائل السياسية، يدل على أن جهة الرقابة على الدستورية إما أن تأخذ في شأنها بوجهة نظر تقليدية A classical view تلزمها بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، ما لم تفسر المسائل التي تثيرها -وفي حدود اجتهادها القضائى- بأن الدستور عهد بالفصل نهائيا فيها إلى السلطة التشريعية أو إلى السلطة التنفيذية.

وأما أن تأخذ بوجهة نظر تحوطية A prudential view تتوقى بها الفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، كلما كان الفصل فيه يقتضيها التخلي عن مبدأ هام، أو التضحية بهيبتها.

وإما أن تأخذ بوجهة نظر وظيفية A functional approach تلزمها بأن تولى اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها؛ وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والمسئوليات الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

٤٦٤- ويدل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Baker v. Carr علي محاولتها تأصيل نظرية المسائل السياسية، حتى تقيم لها أعمدتها من خلال ضوابط تعين على تحديد مفهومها، وتبين أسسها. ذلك أنها تقدم لهذه المسائل من خلال عدد من المعايير التي حددتها، والتي تقول بأنها تظهر بنفسها، وتطل برأسها في كل خصومة تكون المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية.

(¹) Pollack "judicial Power and the Politics of the people", 72 Yale L.J. 81, 88 (1962), See Also, Bonfield "Baker v.Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government" 50 Calif. L Review, 245, 253-55 (1963).

فالمعايير التي رددتها تعريفا بالمسائل السياسية، وتجلية لغموض جوانبها، هي الآتي بيانها:

أولا: مسائل اختص الدستور بها–وبصورة لا تخطئها العين– السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

A textually demonstrable constitutional Commitment to a coordinate political department

[وهذه هي وجهة النظر التقليدية في شأن المسائل السياسية]

ثانيا: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها، المستويات القضائية التي تمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح عليها. ولا تتوافر بشأنها بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها بيدها، وضوابط قاطعة تستلهمها في حل ذلك النزاع.

A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it.

ثالثا: مسائل يستحيل الفصل قضائيا فيها قبل أن تحدد جهة غير قضائية –في حدود سلطتها التقديرية– سياستها المبدئية بشأنها.

The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion.

[والمعياران المشار إليهما في ثانيا وثالثا، يبلوران وجهة النظر الوظيفية لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن تحديد المسائل الدستورية].

رابعا: مسائل يستحيل علي جهة الرقابة القضائية أن تصدر قرارا بشأنها تستقل به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بغير أن تتجاهل فريضة الاحترام التي ينبغي أداؤها لهاتين السلطتين.

The impossibility of a court's undertaking independent decision without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government.

خامسا: ألا يكون أمام جهة الرقابة القضائية على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسى صدر فعلاً.

An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made.

سادسا: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

[والمعايير المشار إليها في رابعا وخامسا، وسادسا، نابعة جميعها من النظرة التحوطية لجهة الرقابة على الدستورية في معالجتها للمسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة المطروحة عليها].

٤٦٥- والفكرة الجامعة بين الضوابط التى حددت بها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستعصية بطبيعتها على الفصل قضائيا فيها لاعتبار كامن فيها Inherently non-justiciable -لا لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبها عن السلطة القضائية فلا تمد بصرها إليها- وإنما لأن الدستور عهد بالفصل في بعض المسائل الدستورية إلي غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن تقحم نفسها فيها.

٤٦٦- والناقدون لمفهوم المسائل السياسية؛ يرون أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تدخل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائيا؛ وأما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية؛ أو تعلن صعوبة تقرير الترضية القضائية الملائمة في شأنها([1]).

<u>ووجهة نظر هؤلاء الناقدين يعيبها:</u>

أولاً: أن السلطة ينبغى توزيعها بما يحول دون تنازع الأفرع التي تمارسها، أو تنافسها فيما بينها. ولا يجوز أن تتخذ من غموض نصوص الدستور موطئا لهدم قاعدة الفصل بين السلطتين

([1]) Henkin, "Is there a 'Political Question' Doctrine,"58 Yale law Review, 607- 17 (1976).

التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التى تكافئهما فى وزنها من ناحية ثانية. ذلك أن لكل سلطة ولاية تتحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إسنادها إليها. وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها. ومما يناقض الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية، أن تقحم نفسها في مسائل اختص الدستور بها السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لئن جاز القول بأن نصوص الدستور تقبل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية لا تفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تكون عمياء بالنسبة إلى مناطق الدستور. ذلك أن هذه الجهة لا تتخلى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية. ولكنها تقرر فقط -وفي حدود سلطتها في تفسير الدستور- أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع معين، لا يولد حقوقا يجوز تنفيذها قضائيا. Does not yield judicially enforceable rights، وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين. وعليها من ثم أن تفصل ابتداء فيما إذا كان العمل أو الإجراء الصادر عن إحداهما يدخل في إطار المهام التي اختصها الدستور بها، وقصرها عليها.

وقضاؤها في ذلك لا يتعلق بالمصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الخصومة الدستورية، ولا بنوع الأضرار التي عانى منها، ولا بطبيعة الترضية التي ترد العدوان عن الحقوق التي يدعيها. وإنما يتعلق قضاؤها بما تنفرد به السلطتان التنفيذية والتشريعية بناء على نص في الدستور؛ وما إذا كان بوسعها أن تستخلص من هذا النص، الحقوق التي يطلبها المدعى في هذه الخصومة.

بما مؤداه أن ما ينبغي أن تخوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كامنا وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن الإخلال بالقيد هو وحده الذي يفرز الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخريجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها.

فلا تنفصل نظرية الأعمال السياسية -في مدارها ومحتواها- عن المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها. وفي ذلك تحديد لإطار الوظيفة القضائية، وتقرير لتخومها([1]).

ثالثاً: أن الأعمال لا تعتبر سياسية بناء على درجة أهميتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن المسائل السياسة غير القضايا السياسية.

فالذين يدعون بأن تقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، وتحديده للمقاعد التي تخص كلا منها، قد أغفل تفاوتها في عدد سكانها، وحط بالتالي من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، بالقياس إلى وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد المقيمين بها، إنما يركزون مناعيهم على إخلال هذا التقسيم بشرط الحماية القانونية المتكافئة. وهو شرط يولد حقوقا فردية يجوز تنفيذها قضاء على ضوء المعايير والمستويات التي ألفتها جهة الرقابة على الدستورية وطورتها في مجال تطبيق هذا الشرط ([2]).

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليس إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية الدستورية. ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل الدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهيأة للفصل فيها Ill – suited بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التى لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد.
Single voiced statement of the Governments' views.

كتلك المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية. ولا يتصور بالتالى أن يعدل حكم قضائى من بنيان السياسة الخارجية التي تستقل السلطتان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بما يضر بمصالحها. خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل الدستورية، قد يكون فادحا في تكلفته، وقد يعوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لعملياتها الحربية.

([1]) قررت المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية أن الفصل فيما إذا كانت الحكومة القائمة في الولاية هي الحكومة الشرعية، أم أن الثوار الذين يجحدون سلطتها وينازعونها فيها، هم الأحق بتولي شؤونها، لا يدخل في اختصاصها، بل ينفرد الكونجرس بالفصل فيه.
Luther v. Borden, 48 (7 How. 1) (U.S.1849) :وراجع أيضا .Laurence H. Tribe, American Constitutional law, second edition, pp. 97-98.

([2]) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

ويتعين بالتالي أن تتقيد جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال -وما يماثلـــها- بـأن يكون موقفها منها قائما على التحوط، وأن تنظر إلى نفسها -لا باعتبارها جهة قضائيـــة خولـــها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تدبير صدر عن السلطة التشـــريعية أو التنفيذية A veto power- وإنما بوصفها نقطة التوازن بين سلطتين أخريين منتخبتين، لكل منـهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وينبغي أن يتاح لهما قدر من حرية التقدير فيما تنفردان به مـن الشئون، ما فتئتا ملتزمتين بتخوم الولاية التي حددها الدستور لكل منهما.

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تتخلى عن مسئوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها.

وهي تعيد النظر في نطاقها من أجل حصرها في دائرة ضيقة، وعلى الأخص لأن عنصر الزمن كثيرا ما يدخل تغييرا على مفاهيمها بما يعدل مما كان مستقرا من ثوابتـــها. فـلا تتـداح دائرتها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرض نفسها على جهة الرقابة على الدسـتورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل. وإنما يظل نطاق المسائل السياسية مرنا منحصرا في حدود منطقية، ونائيا عن معايير جامدة لها قوالبها الصماء التي تصبها فيـــها جهـــة الرقابـــة علـــى الشـــرعية الدستورية.

وأظهر مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للدوائر الانتخابية، كان يعامل باعتبـــاره من الحقوق الثابتة لها التي لا يجوز نقضها. وكان ينظر إلى الطريقة التي اختطها هـــذه الســلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقاتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسـائل القضائية التي تعيد بها تقسيم هذه الدوائر بما يكفل تناسبا قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقـــاعد المرصودة لها في المجالس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقحم نفسها في أدغـال سياسية A political thicket which Courts ought not to enter تنغلق دروبها عليها وتتوه بيـــن أغصانها في تشابكها وتعقدها([1]).

([1]) Colegrove v.Green, 328 U.S. 549 (1946).

وقد قرر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية أن المدعين يطلبون في هذه القضية من المحكمة ما يخرج عـن اختصاصها. وأن النزاع حول دستورية تقسيم الدوائر الانتخابية في هذه القضية، من طبيعة سياسية صرفـــه، ولا يجوز بالتالي الفصل قضائيا فيه.

واليوم تحول هذا المفهوم من النقيض إلى النقيض. إذ صار ثابتا أن هذه الأدغال لا وجود لها إلا في عقل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملائما من النظم والدوائر الانتخابية سواء في مضمونها أو تقسيماتها، مشروط بضمانها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي ينـدرج تحتها أن تتكافأ أصواتهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

Equal representation for equal number of people as nearly as possible.

سادساً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعامل كتعبير عن سياسة اختطتها لا تجوز مناقشتها فيها. ذلك أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشهيها. ويستحيل أن يكون عملا سياسيا.

سابعاً: أن تعقد الفصل في بعض المسائل الدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحيلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- غيرها من المسائل الدستورية التي تنفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلا بالفصل فيها. وعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يتعلق بوظيفتها القضائية استقلالا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجها لإحداهما أو يحرجها.

ثامنا: أن امتناع الفصل قضائيا في المسائل السياسية، مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، لن يسعفها في أن تستخلص من نصوص الدستور المدعى مخالفتها لاحكامها؛ حقوقا فردية لأصحابها؛ وأن اقتحام هذه المسائل كثيرا ما يقترن بآثار ضارة عليها أن تتجنبها، ويندرج تحتها أن تتمرد السلطتان التشريعية والتنفيذية عليها، فلا تنفذان أحكامها فيما إختصهما الدستور بتقريره. ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قرارا سياسيا في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإنما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم تصدره، في المسائل القانونية التي تثيرها هذه الخصومة([1]).

([1]) Edward L. Barrett Jr., William Cohen., Jonathan D. Varat, "Constitutional law, Cases and Materials", eighth edition , 1989,p.144

تاسعاً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تفسر بأن رصد كل خروج عليها أمر تتولاه السلطتان التشريعية والتنفيذية دون غيرهما في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعيد المسئولية القانونية([1]).

٤٦٧- وينبغي أن يلاحظ في شأن المسائل السياسية ما يأتي:

١. أن السلطة التى تباشرها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال التفسير النهائي للدستور، هى الضمان القاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه. ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إحراج السلطتين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريحها، أو مناطحتها فى طريقة فهمها للدستور. إذ لا يجوز أن نفترض توافقا فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية، وهاتين السلطتين، تفسيرا صائبا لأحكامه. فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحمل بمسئوليتها القضائية فصلا فى المسائل الدستورية التى طرحتها الخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢. أن المسائل التى تتصل بإدارة السلطة التنفيذية لشئون علاقاتها الخارجية سواء كان قرارها فيها منفردا أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تعتبر جميعها من المسائل السياسية. ذلك أن واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل فى دستورية المعاهدة سواء من جهة الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها، أو من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقا لجهة الرقابة على الدستورية. كذلك يجوز لهذه الجهة، إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة السياسية بإنهاء معاهدة أبرمتها، أن تفسر الأوضاع التى أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال آثارها.

وكلما كان القرار بإنهاء معاهدة دولية، مقتضيا تدخلا من السلطة التشريعية وفقا للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتحلل منها، يكون مخالفا لأحكامه بما يستنهض الولاية التى تباشرها جهة الرقابة القضائية فى شأن المسائل الدستورية. ذلك أن تلك الجهة إنما تطبق قواعد الدستور التى وزع بها الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهى بعد قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تفتقر إليها السلطة القضائية.

([1]) فالحرب التي يعلنها رئيس الجمهورية على دولة أخرى ولو كان مختصا بإعلانها بمقتضى الدستور، يجوز أن تسائله السلطة التشريعية عنها سياسيا.

٣. أن اعتبار الأعمال التى خص الدستور بها السلطة التشريعية أو التنفيذية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع فى الدولة. ولا يتصور بالتالى أن يكون التحكم أو انفراط عقد النظام العام من مقوماتها أو نتائجها([1]).

٤. كلما كان الفصل فى الخصومة الدستورية، متضمنا اختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التى يجوز الفصل قضائيا فيها.

٥. أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقا للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولا فيما إذا كان الدستور قد خولها هذا الامتياز. وعليها بعدئذ أن تحدد مداه. ذلك أن الأصل فى كل امتياز مقرر بناء على نص فى الدستور، هو أن يفسر فى حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تتذرع بنصوص الدستور للدفاع عن اختصاص كفله الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تتقيد بالضوابط التى فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يخولها هذا الاختصاص.

ذلك أن كل امتياز ليس مطلقا، بل يتعين أن يكون موصوفا، ومقيدا بالأغراض التى يتوخاها. فإذا جاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها فى ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تعين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التى فرضها الدستور على نشاطها، والتى لا يجوز إبدالها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

٦. أن التحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية بألا تنزلق في نزاع شجر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وألا تستبق الفصل فيه قبل أن تتهيأ لهما فرص حله بطريقة هادئة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن شرط ذلك ألا تحتكم إحداهما في خلافها مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية.

([1]) فإعلان الدولة بدء أعمال عدوانية ضدها وامتناع النظر فى دستورية هذا الإعلان، لا يتوخى غير توكيد المخاطر التى تواجهها، وحشد الجهود لدعم عملياتها الحربية، فلا يتردد أحد فى معاونتها والخضوع لتعليماتها الصادرة فى هذا الشأن.

ذلك أن النزاع بين هاتين السلطتين -وكلما انحل إلى عدوان من إحداهما على الولاية التي أثبتها الدستور لشريكتها في الحكم- لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يعتبر من جنسها؛

٧. كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في النزاع المعروض عليها -وسواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أو مستوياتها- لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي تطرحها هذه الخصومة، تعتبر بناء على هذا الاعتبار وحده، من المسائل السياسية.

٨. تفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تعيد جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصها الدستور بالحكم عليها.

بيد أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية تظل مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد خول هاتين السلطتين أو إحداهما، سلطة اتخاذ هذا القرار. ذلك أن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقا للدستور. ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي.

ويتعين بالتالي النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها، باعتباره من المسائل السياسية .ذلك أن إلغاءها معاهدة الدفاع المشار إليها، نتيجة مترتبة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها؛ أو التخلي عن اعترافها بشرعيتها.

٩. إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين -كالتصديق على معاهدة دولية- تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفا للدستور، ولا يندرج بالتالي في إطار الأعمال السياسية.

ولا كذلك أن يكون الدستور قد اختص رئيس الجمهورية دون غيره باتخاذ هذا الإجراء، إذ يعتبر معهودا به إليه وحده بناء على نص في الدستور، وداخلا بالتـــالي فـــي إطـــار المســـائل السياسية([1]).

١٠. طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور، لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية([2]).

١١. أن المسائل السياسية يستحيل أن يجمعها معيار عام يحيط بكل صورها، ولا ربطـــها بمصالح بذواتها تتحد بينها في موجباتها. ذلك أن مثل هذا المعيار -إن وجد- يكون عصيا علـــى التعديل لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتغـــيرة بطبيعتـــها، والمتطـــورة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تتدرج تحتها، وإن ظل تكييفها دائراً حـــول تعذر الفصل قضائيا فيها، إما بناء على نص في الدستور، أو لتعارض الفصل فيها وخصـــائص الوظيفة القضائية التي تفترض التحوط من جهة، وتوافر الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي يتهيأ بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي إطار هذا الضابط العام، تتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتـها غير تماوج يتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في توثبها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها، في ترددها واندفاعها.

١٢. أن جهة الرقابة على الدستورية لن تحقق الآمال المعقودة عليها بإسرافها في تطبيـــق نظرية الأعمال السياسية.

ولن ترتبط جرأتها كذلك بغلها ليدها عن تطبيقها في حدود منطقية تتـــوازن بـــها شـــروط مباشرتها لوظيفتها القضائية -على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها- بالقيود الضروريـــة التي تفرضها كوابحها، ويقتضيها حذرها([3]).

([1]) أنظر في ذلك الآراء الموافقة لكل من القاضي Rehnquist والقاضي Stewart والقاضي Stevens وذلك في قضية Goldwater v. Carter 444 U.S. 996 (1979).

([2]) Parker v. Carr . 369 U.S. 186 (1962).

([3]) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

١٣. اضطرد القضاء المقارن على أن اعتبارين يهيمنان على نظرية الأعمال السياسية، هما ملاءمة اتخاذ السلطة التنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصها الدستور بها؛ وكذلك انتفاء المعايير والموازين التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية.

ولعل المعيار الثاني هو أكثر المعايير المنطقية لضبط المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية، يفترض دائما أن يتوافر لقضاة الشرعية الدستورية المعلومات الكافية، والموازين الدقيقة مستوياتها، الملائمة مداخلها، والتي يتهيأ لهم بها الحكم على أعمال أتتها السلطة التشريعية أو التنفيذية تقييما لها.

فإذا تعلق موضوع الخصومة الدستورية، بأن تعديلا للدستور قد سقط لعدم التصديق عليه خلال ميعاد معقول؛ وكان ميعاد التصديق على هذا التعديل غير محدد بنص في الدستور أو في القانون؛ وكانت السوابق لا تدل على ضوابط محددة تبين المدة المعقولة التي يسقط بفواتها كل اقتراح بتعديل الدستور غير مصدق عليه؛ وكانت هذه المدة -حتى وإن أمكن توقعها- ترتبط بنطاق التعديل ومداه، وبالآثار التي يرتبها، وتتداخل فيها كذلك عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية يتعذر رصدها وصولا إلى أغوارها؛ وكانت هذه العوامل حتى مع إمكان تشخيصها والبصر بها عند اقتراح التعديل، قد تتغير بصورة جوهرية وقت عرضه للتصديق؛ وكان مثل هذا التغيير مؤداه أن العناصر التي كان التعديل يقوم عليها، وكذلك موجهاتها، لم يعد لها من وجود؛ فإن تحديد قضاة الشرعية الدستورية للمدة المعقولة التي يسقط بفواتها تعديل غير مصدق عليه، مما يخرج عن موازين التقدير التي تملكها، فلا يكون تحديد هذه المدة إلا عملا سياسيا تتولاه السلطة التشريعية بنفسها([1]).

١٤. كلما ناهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية، إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن توازن بينهما، وأن تصدر حكمها على ضوء الموازنة التي أجرتها.

([1]) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

فامتياز رئيس الجمهورية فى ضمان سرية أحاديثه مع معاونيه الأقربين حتى يتخذ قراراتـه بصورة سليمة على ضوء نصائحهم التى لا يترددون فى إبدائها كلما كان كتمانها مكفولا؛ يقابلـه حق السلطة القضائية فى أن تفصل فى واقعة الاتهام الجنائي المعروضة عليها على ضوء أدلتـها، ولو كان من بينها حوار أجراه رئيس الجمهورية مع معاونيه إذا كان تحقق السلطة القضائية مـن حقيقة ذلك الحوار ومضمونه، يتم فى غرفه مغلقة، وبقدر تعلق الوثائق التى تسجل هذا الحـوار، بالاتهام الجنائي القائم.

كذلك فإن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل فى صحة عضوية أعضائها المكفول لها بناء على نص فى الدستور؛ ينبغى أن يقابل بحق السلطة القضائية فى التحقق مـن أن حجبـها هـذه العضوية عن شخص يدعيها، لا يناقض الشروط التى فرضها الدستور فى مجال كسبها.

٤٦٨- وفيما يلي عرض لكل من هذين الامتيازين:

أولا:

الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية فى ضمان سرية أحاديثه التى يجريها مع معاونيه

ففى قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد رئيسها نيكسون([1]) أصدرت إحدى المحاكم أمـراً يلزم رئيس الجمهورية بأن يقدم إليها الشرائط التى سجل عليها بعض أحاديثه مع عدد من معاونيه لصلتها باتهام جنائي قائم.

إلا أن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، مستندا فى ذلك إلى أن للسـلطة التنفيذيـة امتيازاتها التى لا يجوز نقضها من خلال إلزام رئيس الجمهورية بأن يقدم الأشرطة التى تسـجل حواره مع معاونيه، حتى لا يفقد هؤلاء ثقتهم فى سرية مناقشاتهم مع رئـيس الجمهوريـة، فـلا

([1]) كان الرئيس نيكسون يرتب لإعادة انتخابه رئيسا للجمهورية عن مدة ثانية. وحتى يدعم فرص إعادة انتخابـه أمر عدداً من معاونيه باقتحام مقر الحزب الديموقراطي فى وترجيت، ووضع أجهزة للتنصت على ما يدور فيه حتى يقف على الصورة الكاملة للخطط التى وضعها هذا الحزب فى معركة إعادة الترشيح للرئاسة. وقد كشفت الصحافة عن حقيقة هذا الاقتحام . وأسفر التحقيق فيه عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيـس بجرائم مختلفة من بينها إعاقة العدالة والتآمر للتدليس على الولايات المتحدة الأمريكية.

United States v. Nixon, 418 U.S 683 (1974).

يعبرون بصدق عن آرائهم، وإنما يترددون فى الإدلاء بها، ويتحوطون من المسئولية عنها، فلا تتسم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يظفر رئيس الجمهورية بالنصيحة الصائبة التى يتخذ على ضوئها قراراته، ويتحمل المسئولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية –ومع تسليمها بأن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التى لا يجوز إنكارها– كان حكمها قاطعا فى أن امتيازاتها هذه مقيدة بحدود لا يجوز تخطيها، وهى تقيم قضاءها فى ذلك على دعائم حاصلها:

أولاً: أن اتخاذ رئيس الجمهورية لقراراته ينبغى أن يقوم على التحليل الموضوعى لعناصرها على ضوء المفاضلة التى يجريها بين الآراء التى يطرحها عليه معاونوه –أيا كان مضمونها أو درجة حدتها أو اندفاعها أو مساسها بآخرين– وكذلك بمراعاة حريتهم فى أن يبصروه بما يرونه صوابا فى المسائل التى يناقشونها، وهم واثقون من كتمانها حتى لا يسائلهم أحد يوما عنها.

ثانياً: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أحاديثه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهبها آذان أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خياراته، وتقرير السياسة التى يلتزمها فى المسائل القومية؛ إلا أن هذا الامتياز ينبغى أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخيا قاعدة للحياة الأمريكية، وعلى الأخص فى مجال إدارة العدالة الجنائية التى يحكمها مبدآن هما: أن يردع الجناة فلا يفلتون من ذنوبهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانون Guilt shall not escape or innocence suffer.

ثالثاً: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائى يتعين إثباتها. وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويؤذيها فلا تقوم على ساقها. وعرض واقعة الاتهام بصورة مبتسرة، أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

رابعاً: أن لسلطة الاتهام الوسائل الإلزامية التى تستطيع بها حمل الجهة التى لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية، على أن تقدم إليها هذا الدليل لنفيها أو لإثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل من صلة بها، أو كان لا يجوز القبول به قانونا؛ فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراما من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة فى كتمان أحاديثه مع معاونيه، حتى ما كان منها

محدود الأهمية. ذلك أن أحاديثه هذه قد تتناول عرضا رؤساء دول أو زعماء بارزين . ويتعين كأصل عام حجبها عمن يريدون النفاذ إليها.

خامساً: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يفيد فى تحقيق الدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة يقتضيها الأمن القومى، فإن إخفاءه يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، ويهدر الوظيفة القضائية فى أعمق توجهاتها، ويخل بما هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية واقعاتها التى لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلا عن أن المصلحة العريضة لرئيس الجمهورية فى كتمان حواراته مع معاونيه، لا يجهضها أن تتصل المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

سادساً: أن الذين يعاونون رئيس الجمهورية فى المهام التى يقوم عليها، لا يترددون فى عرض آرائهم عليه عرضا أمينا، لمجرد أن بعض جوانبها التي تتصل باتهام جنائي قائم، قد يماط اللثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحاديثه؛ حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها. وإنما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحواراته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة.

سابعاً: إذا كان من الصحيح أن قدرا من السرية يتعين إضفاؤه على بعض الوثائق، أو على صور من الحوار بقدر تعلق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسئولياته الجسام؛ وكان واجبا على المحاكم جميعها أن توفر لرئيس الجمهورية كل توقير على صعيد المهام التي يتولاها؛ إلا أن من الصحيح كذلك أن إضفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار أجراه، هو تعميم غير جائز، خاصة وأن الدستور لا يكفل هذه السرية.

ثانياً:
الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه

٤٦٩- وإذ كان الحكم المتقدم مؤداه أن كل امتياز تدعيه السلطة التنفيذية لنفسها، ينبغي أن يتساند إلى نص في الدستور، وأن يباشر في الحدود التي يبينها؛ كذلك الأمر في شأن كل امتياز تطلبه السلطة التشريعية لحسابها.

ففي قضية Powell v.McCormack ثار النزاع أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حول حق باول -وقد كان نائبا عن دائرته الانتخابية وفقا للدستور- في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه أتى أفعالا تعد انحرافا سلوكيا عن واجباته كعضو فيه، وحرمه بالتالي من هذه العضوية.

وقد طلب باول أن تصدر المحكمة العليا الفيدرالية، حكما تقريريا بأن قرار حرمانه من مقعده، يناقض الدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كلا من مجلس النواب ومجلس الشيوخ الفيدراليين، قاضيا في مجال الفصل في صحة أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members.

وقد تبين للمحكمة المذكورة، أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تخويل السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداء، ثم النظر في شأن توافرها أو تخلفها فيمن يدعي عضويته بها؛ وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائبا مناطها أن يكون قد بلغ ٢٥ عاما، وأن يكون متمتعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن ٧ سنين، وأن يكون عند انتخابه من سكان الولاية التي اختير عنها.

No person shall be Representative who shall not have attained the age of twenty five years, and been seven years a Citizen of the United States, and who shall not , when elected , be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen

وقد انحازت المحكمة العليا الفيدرالية –وعلى ضوء ما بان لها من مقاصد آباء الدستور– إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية، لا يحددها إلا الدستور. بما مقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها، إذا تم انتخابه صحيحا في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

ذلك أن الديموقراطية النيابية قوامها اختيار هيئة الناخبين من يكون في رأيها من المرشحين أصلح لتمثيلها. ويظل هذا المبدأ جوهر الديموقراطية ومحورها، فلا يجوز أن تقيد السلطة التشريعية من مداه، سواء من خلال تقليصها لدائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ أو عن طريق إهدار فرصهم في الاختيار أو تضييقها. ولئن جاز القول بأن مصلحة السلطة التشريعية في ضمان تماسكها، يكفلها عقابها لأعضائها الذين يخلون بواجباتهم أو طردهم عند الضرورة بأغلبية ثلثي أعضائها، إلا أن السلطة التشريعية تتقيد في مجال الفصل في صحة العضوية، بشروط الدستور التي تحكمها.

وبقدر تقيدها بهذه الشروط، يكون قرارها في شأن العضوية من المسائل السياسية التي لا تجوز مراجعتها فيها.

وفي عبارة صريحة تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بأن ما تقرره من أن لباول حقا في أحد مقاعد السلطة التشريعية، ليس إلا تفسيرا للدستور لا يتوخى مناطحة السلطة التشريعية أو الدخول في صراع معها. ذلك أن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معاني النصوص القانونية وإعطائها دلالتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض قضائها في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتعلق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن المحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويقتضيها النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز

الفصل فيه قضائيا من المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، وفق معايير الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها([1]).

([1]) Powell v. McCormack 395 U.S. 486 (1969).

المبحث السادس عشر
الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٤٧٠- كان قد دفع أمام المحكمة العليا بأن ما تنص عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ من عدم جواز سماع أية دعوى يكون الغرض منها الطعن بطريق مباشر أو غير مباشر في أي قرار أو إجراء أو عمل صدر عن السلطة القائمة على تنفيذ أوامر فرض الحراسة، يعتبر من أعمال السيادة باعتبار أن ما توخاه هذا القرار بقانون هو صيانة نظام الدولة وسلامتها وحماية مصالحها العليا.

ولم تقبل المحكمة العليا هذا الدفع على أساس أنه وإن صح القول بأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنحسر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، إلا أن ذلك لا يصدق على التدابير التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص، والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ ضد الطعن.ذلك أن هذه التدابير لا تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وإنما تندرج في إطار الأعمال العادية للحكومة، ومن ثم تنبسط عليها رقابة القضاء.

وتؤصل المحكمة العليا نظرية أعمال السيادة مقررة أنها هي التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية بقصد صون أمنها وسلامتها، وأن مرد الأمر فيها هو إلى طبيعتها، ولا اعتداد بالتالي بأوصافها أو كيوفها التي يخلعها المشرع عليها، متى كانت خصائص هذه الأعمال تنافي أوصافها وكيوفها هذه، وتهدر أحد الحقوق التي كفلها الدستور.

وترد المحكمة العليا نظرية الأعمال السياسية إلى مفاهيم أعمال السيادة، وتعتبرها من تطبيقاتها. وهي بذلك تنقل أعمال السيادة التي يتحدد مجالها أصلا في نطاق أعمال الإدارة، إلى مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية([1]).

([1]) "محكمة عليا" الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٦ -ص ٤١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية وقرارات التفسير.

ولم تكن المحكمة العليا في حاجة إلى إرجاع نظرية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال السيادة التي تنفصل عنها في مجال تطبيقها. وكان حسبها أن ترد نظرية الأعمال السياسية إلى جذورها في القضاء المقارن للشرعية الدستورية، ولكنها لم تعبأ بتقصيه، وأغنتها عنه الحلول الجاهزة لنظرية أعمال السيادة المعمول بها في القضاء الإداري الفرنسي، واعتبرتها نظرية كافية كي تقوم عليها نظرية الأعمال السياسية، كفرع لنظرية أعمال السيادة التي عرفتها القوانين المنظمة للسلطة القضائية في مصر، وكذلك القوانين المنظمة لمجلس الدولة بها.

ولم تكن هذه الحلول الجاهزة كافية أو صالحة لتقيم نظرية الأعمال السياسية على عمدها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن المعايير التي اعتمدها القضاء المقارن للشرعية الدستورية في شأن تحديد خصائص الأعمال السياسية، مختلفة في مضامينها وأسسها، عن العوامل التي تقوم عليها نظرية أعمال السيادة التي لا تتوخى غير إسباغ الحصانة على أعمال تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة حكم، وهو تعبير شديد الغموض، ويتسم بالافتقار إلى التحديد الواضح للعناصر التي يقوم عليها.

٤٧١- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في السنين الأولى لإنشائها، نظرتها إلى الأعمال السياسية بوصفها فرع لنظرية أعمال السيادة التي ترتد جذورها إلى القضاء الإداري الفرنسي، وإلى أساسها التشريعي في القوانين المنظمة للسلطة القضائية ومحاكم مجلس الدولة في مصر. ورددت المحكمة الدستورية العليا بذلك، المفاهيم ذاتها التي اعتنقتها المحكمة العليا من قبل ولم تزد عليها شيئا([1]) سوى ما قررته في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق "دستورية" من أن المسائل السياسية تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة التي تقيد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون كأصل عام يحكم الرقابة على دستورية القوانين([2]).

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تلبث أن عادت إلى التقييم الصحيح لنظرية الأعمال السياسية وذلك من خلال فصلها -وبصورة نهائية- بين نظرية أعمال السيادة التي لا تنطبق

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٥ من يونيو ١٩٨٣- قاعدة رقم ٢٢ ص ١٥٥ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

([2]) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة في ٢١ يناير ١٩٨٤ -قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها

أصلا على الأعمال التشريعية، وبين نظرية الأعمال السياسية التي تعتبر الأعمال التشريعية مجالها الطبيعي والدائرة المنطقية لتطبيقها. وتقيم هذه المحكمة مفهوما لنظرية الأعمال السياسية، علي عدد من الدعائم أبرزها([1]).

١. أن الرقابة على الدستورية تجد أساسها -وكأصل عام- في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه. وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيسا على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية.ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يخلعها المشرع عليها، متى كانت تتنافي خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

٢. أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة الدستورية العليا إنما يأتي تحقيقا للاعتبارات السياسية التي تقتضي -بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالا وثيقا أو بسيادتها في الداخل أو الخارج- النأي بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما اقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال -سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية- سلطة تقديرية أوسع في مداها، وأبعد في نطاقها تحقيقا لصالح الوطن وسلامته، فلا تراجعها فيها جهة قضائية، خاصة وأن تقصيها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح لها، فضلا عن عدم ملاءمة طرحها عليها بصورة علنية.

٣. أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد ما إذا كانت المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها، تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها، أم أنها لا تعتبر كذلك فتنبسط عليها رقابتها.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ١ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.

٤. أن نظرية الأعمال السياسية كقيد على ولاية المحكمة الدستورية العليا، تجد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي، نظرا لارتباط الميدان الأول بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

٥. ليس صحيحا على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية وأيا كان موضوعها -تعتبر من الأعمال السياسية- ذلك أن المعاهدات الدولية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور والتي يتعين عرضها على السلطة التشريعية والحصول على موافقتها عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على السلطة التشريعية، والحصول على موافقتها عليها -وعلى ضوء هذا الاعتبار وحده- من الأعمال السياسية. ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها.

٤٧٢- على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة -وهو اتجاه محمود - إلا أن الضوابط التي أرستها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية، تفتقر إلى الوضوح، وتناقض كذلك اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوئها هذه الأعمال، وذلك من الوجوه الآتية:

١. أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المسائل السياسية.

٢. أن المسائل السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانبا من ملامحها من طبيعة سياسية. وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

٣. أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تتسم بمرونتها، وبواقعيتها، وبضرورتها وبقدرتها على أن ترد عنها -وبقدر كبير من الحسم- مخاطر من طبيعة استثنائية. ومن ثم تحيطها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي اقتضتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تخول السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقرير الحلول التي تلائمها. ولا كذلك الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يخولها القضاء للسلطة التنفيذية أو التشريعية. وإنما تخرج هذه الأعمال بتمامها عن مجال الرقابة على الدستورية، لا لأن تصريفها بقدر كبير من الحرية يوفر الفرص الأفضل لإجرائها؛ وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي في شأنها تدخل -أحيانا- في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية، بناء على نص في الدستور. فلا يجوز بالتالي أن تزاحمها جهة الرقابة على الدستورية في تقدير ملاءمة هذا القرار؛ ولا أن تناقشها في مضمونه. وإنما تستقل هاتان السلطتان، أو إحداهما به، وبصفة نهائية.

٤. أن المسائل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تحميها، ولا على ضوء درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كأن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها،غير متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية.

وهذا المعيار الأخير هو ما قام عليه قضاء المحكمة الدستورية في شأن القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي توخى تكريم الأشخاص الذين عينهم المشرع من قادة حرب أكتوبر، تقديرا لدورهم في التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها. وتحقق هذا التكريم من خلال المزايا المادية والمعنوية التي كفلها لهم. إلا أن أحد القادة الذين لم يشملهم التكريم، طعن بعدم دستورية هذا القانون باعتباره أحق من المكرمين بالتقدير، وأن حرمانه من المزايا التي نص عليها ذلك القانون، مؤداه مخالفة أحكامه لنصوص المواد ٢و٨و٩و١٢و١٣و٤٠ من الدستور([1]).

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تفصل في دعواه هذه، إما من منطلق أن القادة الذين شملهم القانون المطعون عليه بمزاياه، هم هؤلاء الذين رتبهم هذا القانون فيما بينهم على ضوء أقدميتهم الوظيفية -وهو ما لم يفعله المشرع- وعندئذ يكون المدعى أحق منهم في الحصول على هذه المزايا باعتباره أسبقهم في التعيين؛ وإما أن يكون ذلك القانون قد اختص من كرمهم بتلك المزايا على ضوء عناصر موضوعية مردها إلى جهدهم في القتال إعدادا وتدبيرا وتنفيذا.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ق "دستورية"- جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣٩- ص ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وتفترض هذه العناصر الموضوعية، أن يكون المشرع قد حددها سلفا وأبان عنها تفصيلا حتى تراقبه المحكمة الدستورية العليا في كيفية تطبيقها.

ولكن المشرع لم يقدم بالقانون المطعون فيه شيئا من هذه المعايير الموضوعية التي تدور حول عناصر التفوق والتميز في فنون القتال. وهي عناصر يتعذر على المحكمة الدستورية العليا أن تستخلصها بنفسها، أو أن تحدد ضوابطها. ولا تتوافر لديها فضلا عما تقدم، مقاييس تقدير أعمال القادة جميعهم وتقييمها فيما بينهم، حتى تعيد تصنيفهم، وتقرر أولاهم بالتكريم.

ذلك أن تقييمها لدور كل منهم في العمليات الحربية، يتعلق ابتداء وانتهاء بأسلوب إدارتها وبطرائق تنفيذ خططها، وبقدر جهد كل من القادة فيها، وهو مالا تختص به المحكمة الدستورية العليا.

وظاهر من الرجوع إلى هذا الحكم، أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال السياسية سواء في ماهيتها أو نطاق تطبيقها، إلا أن بنيان حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلا في انتفاء موازين التقدير الموضوعية في شأن المسائل الدستورية التي أثارتها الخصومة الدستورية. ذلك أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها. وجميعها مسائل لا تقبل الفصل قضائيا فيها Non- justiciable Questions.

٤٧٣- وفي مصر -وعملا بنص المادة ١٥١ من الدستور- تكون لكل معاهدة دولية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، قوة القانون.

ويتعين بالتالي إخضاعها للقواعد ذاتها التي تحكم الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي تقرها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما يتعلق منها بأوضاع إبرامها والتصديق عليها ونشرها. أم من ناحية اتفاق القواعد التي احتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها.

ولأن المعاهدة التي يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، تعتبر في قوة القانون، فإن اتفاقها مع الدستور مؤداه ضرورة النزول على أحكامها، ووجوب تفسيرها في إطار من حسن النية، ووفقا للمعنى المعتاد لعباراتها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها. وذلك عملا بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفا فيها، والتى تلزمها بأن تنظر أصلا إلى أحكام المعاهدة في مجموعها باعتبارها كلا لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن التكامل بين نصوصها كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند التفاوض عليها والدخول فيها أو التصديق عليها أو الانضمام لها.

فلا يكون الأصل في تطبيق المعاهدة الدولية التي تكون مصر طرفا فيها غير النظر إليها بوصفها وحدة عضوية تتكامل أجزاؤها، وتترابط أحكامها بما يحول دون فصل بعضها عن بعض.

ويظل هذا الأصل قائما في المعاهدة الدولية، ما لم يكن موضوعها ينظم مسائل مختلفة لكل منها ذاتيتها، فلا تنتظمها وحدة تجمعها. وإنما يتميز كل جزء من أجزاء المعاهدة بكيانه الخاص، فلا يختلط بغيره، أو يندمج فيه، أو يتصل به، بما يؤكد استقلال كل جزء من أجزاء المعاهدة عن الآخر.

ومن ثم لا ترتبط النصوص التي تنتظمه بغيرها، بل يجوز فصلها عن سواها بشرطين:

أولهما: ألا يكون قبول الدول الملتزمة بالمعاهدة، لأحكامها في مجموعها، من الشروط الجوهرية التى ارتضتها وقت إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا يكون ضمان وحدتها العضوية، إلا شرطا لرضائها بالمعاهدة.

ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ المعاهدة على ضوء ما بقى من نصوصها بعد فصل بعض أجزائها عنها، مجافيا للعدالة([1]).

([1]) انظر في ذلك المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

فإذا لم يتحقق أحد هذين الشرطين، تعين أن يكون الأصل في المعاهدة الدولية، هو تطبيقها في مجموع أحكامها.

٤٧٤- وهذه القواعد ذاتها، هي التي طبقتها المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية. فقد نازع المدعي في هذه الدعوى، في دستورية الاتفاقية التي أبرمتها مصر مع اليونان بقصد تقرير تسوية نهائية لحقوق اليونانيين الناشئة عن تدابير الحراسة وقوانين التأميم، وكذلك قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بالاستيلاء على أراضيهم.

وأسس المدعى دعواه، على أن الأصل في هذه الاتفاقية هو سريانها على من يقبلون بأحكامها في جملتها. فإذا كان ما ارتضوه مقصورا على بعض أجزائها، فإن ما رفضوه من أحكامها لا يكون ساريا بالنسبة إليهم.

وإذ قبل المدعى التعويض المقرر في هذه الاتفاقية عن قوانين التأميم وقوانين الإصلاح الزراعي، دون التعويض المقرر بها عن تدابير الحراسة التي اتخذتها الدولة في شأن اليونانيين، وما اتصل بها من بيعها لأموالهم؛ وكان تطبيق تلك الاتفاقية في شأنهم من طبيعة اختيارية؛ فقد تعين الرجوع في شأن التعويض عن تدابير الحراسة -لا إلى الاتفاقية المشار إليها- بل إلى القاعدة العامة في التعويض عن هذه التدابير المنصوص عليها في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل بوجهة نظره -لا لأن الاتفاقية المصرية اليونانية تعتبر من المسائل السياسية التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها- وإنما تأسيسا على دعامتين أخريين:

أولاهما: أن هذه الاتفاقية تعتبر في مجموع أحكامها صفقة واحدة متكاملة العناصر، متحدة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تنفصل مكوناتها.

ذلك أنها تبلور القواعد التي ارتأتها الحكومتان المصرية واليونانية نطاقا لتسوية نهائية وشاملة لعناصر التعويض التي يستحقها اليونانيون قبل الحكومة المصرية عن القوانين الصادرة في شأنهم، والمؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو قوانين

الإصلاح الزراعي، ليحدد التعويض المقرر بها نطاق حقوقهم، فلا يكون مقداره إلا منهيا لكل نزاع حولها، ومبرئا ذمة الحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية ورعاياها.

ثانيتهما: أن ادعاء رعية يونانية بأن من سلطته أن يختار من الاتفاقية المصرية اليونانية، ما يراه من قواعدها كافلا لمصلحته، إنما ينحل إلى تعديل لها من خلال نقض الأسس التي تقوم عليها، وبما يعطل تنفيذ المعاهدة التي ترتبط فعاليتها، وتحقيقها لأغراضها، بتطبيقها في مجموع أحكامها.

وهو تعديل لا تختص به غير الدولتين المتعاقدتين. ومناط صحته، تراضيهما معا على إجرائه، خاصة وأن من المقرر وفقا لقواعد القانون الدولي العام، أن لكل دولة في علاقاتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -ومن خلال معاهدة تبرمها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء في إطار حق الملكية، أو في مجال الحقوق الشخصية.

وتعتبر هذه السلطة الكاملة موازية لحقها ولواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كان سريان الحقوق التي رتبتها المعاهدة الدولية، وكذلك كل التزام نشأ عنها، إنما يقتصر على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها. فلا يكون التنظيم الوارد بها بالتالي -وأيا كان مضمونه- منصرفا إلى مواطنيها.

وما تقدم مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقرير صحتها أو بطلانها، إلا بافتراض أن أحكامها لا تثير مسائل سياسية بطبيعتها، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لاندراجها في إطار المسائل التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها.

٤٧٥- وتعطينا القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية، مثالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الأعمال السياسية.

وتتحصل واقعاتها في أن مصر دخلت مع بعض الدول العربية -وفي نطاق أغراض الدفاع المشترك- في اتفاقية دولية تنظم انتقال جيوشها فيما بينها. وكان مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية قد وافق عليها في ١٩٦٥/٩/١١.

ووفقا لأحكام هذه الاتفاقية، لا يخضع رجال القوات الحليفة بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة؛ لغير الولاية المطلقة لمحاكمهم الوطنية، على أن تختص بالفصل في أية منازعة تنشأ بينهم وبين الغير حول التزاماتهم القانونية، أو الأضرار التي ألحقوها بالأشخاص أو بالأموال -وبوجه عام- هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية. وقد أحالت محكمة جنوب القاهرة هذه الاتفاقية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريتها على ضوء ما ظهر لها بصفة مبدئية، من أن حرمانها المصريين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي في شأن أية منازعة تنشأ بينهم وبين القوات الحليفة، يعتبر مخالفا لنص المادة ٨٦ من الدستور.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل وجهة النظر هذه، مقررة أن هذه الاتفاقية قد أبرمتها مصر في إطار الجامعة العربية تنظيما لأوضاع الدفاع المشترك بين دول هذه الجامعة، وأن ما توخته مصر من الدخول فيها هو الحفاظ على كيانها وتأمين سلامتها وصون أمنها الخارجي.

ومن ثم تعد أحكام هذه الاتفاقية من أعمال السيادة..!! التي تنحسر عنها الرقابة القضائية عن الدستورية بالنظر إلى اتصال موضوعها بعلاقاتها الدولية، وتعلقها بمصالحها العليا[1].

بيد أن ما يلاحظ على هذا الحكم، هو إسرافه في تطبيق نظرية الأعمال السياسية وبسطها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعها، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية التي يطلبها المصريون ترتيبا على أضرار ألحقتها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها.

ذلك أن معاقبة أفراد القوات الحليفة -وحفاظا على تماسكها ودعم قدراتها القتالية- أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبونها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تدابير الدفاع المشترك بين دول الجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يداخلها هذا الاعتبار، إذ هي محض تعويض عن أضرار ألحقها بهم أحد رجالها، وتقع بالتالي في نطاق مسئوليتهم المدنية لا الجنائية.

---

(١) القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ق "دستورية" جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤-قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ من المجلد الثالث من مجموعة أحكامها.

٤٧٦- وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "دستورية" -والتي كان المدعي فيها قد طعن بعدم دستورية المواد ٩و١٢و١٣و١٥ من اتفاقية تأسيس البنك العربي الدولي- ([1]) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن هذه الاتفاقية لا تعتبر من الأعمال السياسية، وأن الفصل في دستوريتها يقتضي ابتداء التحقق من توافر متطلباتها الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور.

ولا يجوز بالتالي أن يقتصر نطاق الطعن على المواد المشار إليها، وإنما يتعداه إلى الفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. هذا من جهة. ومن ناحية ثانية، فإنه فيما يتعلق بالمطاعن الموضوعية، فإن مصلحة المدعي تنحصر في الطعن على دستورية المادة ١٥ من هذه الاتفاقية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان قانون العمل على العاملين في البنك المنشأ وفقاً لأحكامها.

وتؤسس المحكمة حكمها في الموضوع، على أن الاتفاقية المشار إليها، ليس فيها ما يفيد حرمان المدعي من حق التقاضي ولا من ضماناته، ولا من شرط الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليهما في المادتين ٤٠و٦٨ من الدستور؛ وأن ما تقرر لهذا البنك من المزايا كالحصانة من الإجراءات القضائية المقررة لموظفيه فيما يقومون به من أعمال بصفتهم الرسمية، وكإعفاء غير المواطنين العاملين بالبنك من قيود الهجرة، ومن شرط تسجيلهم ومن تحويل حقوقهم إلى موطنهم الأصلي؛ كل ذلك لا يفيد أن الاتفاقية المشار إليها تعتبر من الأعمال السياسية، وإن جاز القول بأنها تخول البنك المذكور مركزا قانونيا مختلفا عن غيره من البنوك العاملة في القطاعين العام والخاص([2]).

([1]) القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "دستورية" جلسة ١٩ يونية ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٣١ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. هذا وكان المدعي قد طلب في دعواه الموضوعية إلغاء قرار نقله إلى القاهرة، وترقيته إلى الشريحة السابعة بالبنك وتعويضه عما أصابه من ضرر من جراء الفصل.

([2]) قضت المحكمة بانتفاء مصلحة المدعي في الطعن على المواد ٩و١٢و١٣ من اتفاقية تأسيس البنك التي تقضي: أولاهما: بعدم جواز تأميمه أو مصادرة أمواله أو فرض الحراسة عليها أو على المبالغ المودعة به.
وثانيتهما: بعدم خضوع هذا البنك لقوانين وقواعد الرقابة والتفتيش القضائي أو الإداري أو المحاسبي.
وثالثتهما: بضمان سرية حسابات المودعين، وعدم جواز اتخاذ إجراءات الحجز القضائي والإداري عليها.
ولا كذلك المادة ١٥ من هذه الاتفاقية التي تقضي بعدم سريان قوانين العمل الفردي والقواعد المنظمة للسفر وللأجور في الحكومة أو القطاع الخاص على العاملين بالبنك، إذ اعتبرتها المحكمة متصلة بطلباته الموضوعية، وذلك فيما تضمنته من عدم سريان القوانين المنظمة لعقد العمل الفردي عليه.

٤٧٧- وما تقدم مؤداه:

أولا: أن نظرية الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا شابها خلط كبير بينها وبين نظرية أعمال السيادة إلى حد المزج بين هاتين النظريتين واعتبار ثانيتهما أصلا لأولاهما.

ثانيا: أن هاتين النظريتين كلتاهما تخرجان المسائل السياسية وأعمال السيادة، من الولاية القضائية. ذلك أن المسائل التي تندرج تحتهما لا يجوز الفصل قضائيا فيها.

ثالثا: أن هاتين النظريتين لا تبلوران انحرافا في استعمال السلطة، ولا مجاوزة للحدود التي فرضها الدستور تخوما لمباشرتها.

ولكنهما يقعان في إطار المشروعية القانونية والدستورية، وإن تعين دوما ضبطهما في حدود ضيقة حصرا لدائرة تطبيقهما في نطاق مفهوم ومبرر.

رابعا: أن المسائل السياسية تغاير في جذورها وضوابطها وتطبيقاتها، أعمال السيادة. ويتعين بالتالي فصلها كلية عنها.

الفصل الخامس والعشرون
الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون

المبحث الأول
اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي

٤٧٨- تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها -وعملا بنص المادة ١٧٥ من الدستور- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتباشر كذلك سلطة تفسير النصوص القانونية. وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ومن ثم تتفرد بولايتها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية، فلا يزاحمها أحد فيها، وإنما تستقل بها وتنهض وحدها بمسئوليتها.

ولا كذلك تفسيرها للنصوص القانونية تفسيرا تشريعيا. ذلك أن الأصل في هذا التفسير، هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها، إذ هو اختصاصها الأصيل. فلا تعهد به إلى جهة غيرها إلا بصفة استثنائية، ووفق الأوضاع والشروط التي تحددها.

ومن ثم لا تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيرا تشريعيا، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية.

٤٧٩- ويتفرع عن ذلك أمران:

أولهما: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي، لا يحول دون إقرار السلطة التشريعية لقوانين تحدد بها مقاصدها من النصوص القانونية التي تفسرها، وذلك إذا لم تكن المحكمة الدستورية العليا قد فسرتها قبل تفسير السلطة التشريعية لها. ذلك أن صدور قرار بالتفسير عن المحكمة الدستورية العليا في شأن نصوص قانونية بذواتها، مؤداه أن هذا القرار حدد بصورة نهائية مقاصد المشرع من هذه النصوص. فلا يكون تجليتها لإرادة المشرع التي صاغ تلك النصوص على ضوئها، غير تحديد لمضمون هذه الإرادة دون تحوير لها.

وإذ كان من غير المتصور أن يكون للسلطة التشريعية أكثر من إرادة في شأن النصوص القانونية عينها، فقد صار لازما أن تكون الإرادة الموجهة لهذه النصوص، والتي ألهمتها مضمونها، هي ذاتها في كل أحوالها وتطبيقاتها. وكلما كان إعلان المحكمة الدستورية العليا عن

هذه الإرادة، سابقا على قانون أفصح عنها؛ فإن قرار المحكمة يقيد السلطة التشريعية، ويحول دون استصفائها لهذه الإرادة من جديد.

فإذا عبر عن مقاصد المشرع، قانون نقض تفسيرا تشريعيا صدر عن تلك المحكمة، تعين اطراح هذا القانون. ولا كذلك أن تفصح السلطة التشريعية عن حقيقة مقاصدها من قانون معين، قبل أن تفسره المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً. ذلك أن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية، يعتبر قاطعا بحقيقة إرادتها التى ألهمتها تشكيل نصوص هذا القانون. فلا يجوز أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا من جديد. بما مؤداه أن النصوص القانونية لا توجهها إلا إرادة واحدة لا تتعدد أو تنقسم([1]).

ثانيهما: أن التفسير التشريعى -وأيا كانت الجهة التي تتولاه- ليس بتفسير قضائي. ذلك أن التفسير القضائي، لا يزيد عن أن يكون اجتهادا قضائياً يدور حول مضمون نص قانونى فى نزاع مطروح على المحكمة ولا يتعلق بالتالي بغير الخصومة التي صدر فيها؛ ولا يقيد غير أطرافها؛ ولا يجوز أن يفرض في خصومة غيرها، ولو كان التماثل بين الخصومتين كاملاً.

كذلك لا يحسم التفسير القضائي الجدل حول حقيقة مقاصد المشرع من النصوص المفسرة، ولا ينهيه بصفة باتة، ولو تواتر القضاة على اعتناق هذا التفسير، وانعقد إجماعهم على صحته. إذ يظل للسلطة التشريعية أن تصدر قانونا تفسيريا، تنقض به هذا القضاء المتواتر. ويكفيها فى ذلك أن تقرر أن المحاكم لم تستبن قصدها من التشريع المفسر.

وعلى أية حال يحسم التفسير التشريعى بصفة نهائية كل جدل حول حقيقة إرادة المشرع التي أقام على ضوئها بنيان النصوص محل التفسير. فلا يكون الخوض فيها من جديد، إلا انتحالا

([1]) ومن ثم يكون خطأ ما قررته المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من التفسير. ووجه الخطأ أنه وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعا تفسر به بعض النصوص القانونية التي لم يصدر بتفسيرها قرار من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن صدور هذا القرار عنها يحجب السلطة التشريعية عن أن تصدر تشريعا تفسيريا ينقض القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، ويأتي بتفسير جديد، إذ ينغلق الطريق أمامها بعد صدور القرار التفسيرى عن المحكمة.

لإرادة غير التي حددت مضامين هذه النصوص. يؤيد ذلك، أن القرار المفسر للنصوص القانونية تفسيرا تشريعيا، لا ينفصل عن هذه النصوص، وإنما يندمج فيها ويصير جزءا لا يتجزأ منها. وكأن النص المفسر قد صدر منذ ميلاده في الصورة التي آل إليها بعد التفسير. وما ذلك إلا لأن قرار التفسير يتعلق بمقاصد المشرع من النص المفسر. ولا يتصور أن تنفصل هذه المقاصد عن اللحظة الزمنية التي ولد النص فيها.

المبحث الثاني
الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي
وفق قانون المحكمة الدستورية العليا([1])

٤٨٠-وسلطة التفسير التشريعي التي خولتها المادة ١٧٥ من الدستور للمحكمة الدستورية العليا، هي التي حددتها المادتان ٢٦ و٣٣ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ذلك أن أولى هاتين المادتين تتعلق بالشروط الموضوعية لهذا التفسير. أما ثانيتهما: فقد بين بها هذا القانون شروطه الإجرائية. وأيا كان أمر هذه الشروط بوجهيها، فإن طلب التفسير لا ينحل إلى خصومة قضائية تتناقض بشأنها مصالح أطرافها من جهة تنازعهم الحقوق التي يدعونها فيها ويطلبونها لأنفسهم؛ ونضالهم لتقرير هذه الحقوق أو نفيها، بما يجعلهم غرماء لكل منهم وجهة هو موليها، وفرقاء تتصادم مواقفهم ومصالحهم تعبيرا عن حدة النزاع القائم بينهم. ذلك أن هذا الطلب يدور ابتداء وانتهاء حول استكناه الإرادة التي أضمرها المشرع، وصاغ على ضوئها النصوص القانونية المطلوب تفسيرها.

فلا يكون عمل المحكمة الدستورية العليا غير تحديد لماهيتها من خلال الاعتماد على كل العوامل التي تعينها على التوصل إلى حقيقتها؛ كالأعمال التحضيرية التي تتصل بالنصوص القانونية محل التفسير؛ وكالوثائق التاريخية التي عاصرتها أو تقدمتها، وكان لها شأن في بلورة هذه النصوص، أو التمهيد لها، أو الإيحاء بها؛ وبمراعاة أن تفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعيا، لا يجيز تعديل مقاصدها؛ أو تقويض بنيانها؛ أو تحريفها. وإنما تحمل النصوص القانونية التي تفسرها المحكمة الدستورية العليا تفسيرا تشريعيا، على حقيقة ما أراده المشرع منها وتوخاه بها. ذلك أن المشرع لم يصبها في فراغ، ولم يلهمها وجودا تصوريا، أو يتخذها هزوا. وإنما أراد بها أن يغير واقعا قائما، فلا يكون ما قصده المشرع منها إلا عين الموضوع محل التفسير.

والمحكمة الدستورية العليا بذلك لا يعنيها أن يكون المشرع قد نقض أو تقيد بالدستور في النصوص القانونية التي تفسرها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها في مجال هذا التفسير بأن

([1])القضية رقم ١ لسنة ١٦ ق "تفسير" -جلسة ١٩٩٥/٤/١٥ - قاعدة رقم ١ -ص ٦٧٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

تستظهر الإرادة التي انطلق منها النص القانوني محل التفسير، وأن تستخلصها في حقيقة معدنها، في اللحظة الزمنية التي أنشأها المشرع فيها، وهي لحظة تلابس تكوينها، ولو كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع من وراء صياغتها.

ومن ثم يكون طلب التفسير التشريعي المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادتين ٢٦ و٣٣ من قانونها، طلبا في غير خصومة قضائية، مقيدا بالشروط الإجرائية والموضوعية التي فرضها قانون المحكمة الدستورية العليا في شأنه، ومقصورا على الخوض في مقاصد المشرع من النصوص القانونية التي يتعلق التفسير بها، ونائيا عن الفصل في إتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي

٤٨١- وتنحصر الشروط الشكلية أو الإجرائية لطلب التفسير فيما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من تقديم هذا الطلب من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية؛ على أن يبين في طلب التفسير، النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقية.

وهذه الشروط الإجرائية لازمها أن كل طلب بالتفسير يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا عن غير طريق الجهات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من قانونها، يكون غير مقبول، ولو توافرت فى هذا الطلب شروطه الموضوعية. ذلك أن الشكل والإجراء، مقدم دائما على الموضوع.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي

٤٨٢- وإلى جوار الشروط الشكلية التي يجب أن يلتزمها طلب التفسير، فإن شروطه الموضوعية تدور حول أمور ثلاثة لا بد من اجتماعها؛ وإلا صار طلب التفسير غير مقبول.

أولها: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها أهمية جوهرية –لا ثانوية أو عرضية– تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تتناولها، ووزن المصالح المرتبطة بها. فلا يكون نطاق تطبيقها منحصرا في دائرة ضيقة؛ ولا آثارها متناهية في ضآلتها؛ بل يتعين أن يكون دورها في تشكيل العلائق الاجتماعية موضوعها، عريضا من جهة المصالح التى يمسها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التى لا تنحصر آفاقها، ولا تضيق دائرة تطبيقها، هى وحدها التى يجوز تفسيرها، وذلك إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينحسر اختصاص التفسير عما دونها شكلاً وموضوعاً.

ثانيها: أن يكون القائمون على تطبيق النصوص القانونية المطلوب تفسيرها، قد اختلفوا فيما بينهم اختلافا بينا في شأن حقيقة محتواها، أو نطاق الآثار التي ترتبها. بما لا يوحد طرائق إعمال هذه النصوص، ولا يكفل معايير واضحة لضمان تطبيقها على المخاطبين بها دون تمييز. وإنما يكون اضطرابهم في فهمها، ونزاعهم حول دلالتها، منتهيا إلى تعدد تأويلاتها، وتعذر التوفيق بين معانيها المتعارضة. فلا تستقيم صورتها على حال واحدة، بما يجعل تطبيقها متفاوتا فيما بين المخاطبين بها، ويخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة لحقوق المواطنين وحرياتهم، سواء في ذلك تلك التي يكون الدستور مصدرا لها، أو التي يكون المشرع قد كفلها.

ثالثها: ألا يتعلق طلب التفسير بنصوص قانونية ظل تطبيقها متراخياً حتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولو كان المواطنون فى مجموعهم قد اختلفوا حول معناها، أو كان جدلهم فى شأنهم صاخباً عريضاً، أو قائماً حول التنظير والتأصيل، أو دائراً حول الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو محللا جوانبها السلبية، أو كاشفاً عن عميق غضبهم عليها. إذ لا يتصل ذلك كله بدخول تلك النصوص فى حيز التنفيذ، ولا باختبارها من خلال تطبيق يظهر النزاع حول دلالتها.

يؤيد ذلك أن ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص القانونية التي يجوز عرضها عليها طلبا لتفسيرها، هي تلك التي تتباين تأويلاتها بصورة عميقة، يفترض ألا تكون هذه النصوص قد أصابها التيبس من خلال التراخي في تطبيقها زمنا طويلا بما يعطل سريانها عملا. إذ تعتبر هذه النصوص نائمة راقدة Dormant provisions ولا يتصور بعد همودها، أن تتوافر لها الأهمية التى تقتضى تحديد معناها، ولا أن يكون المخاطبون بها قد أصابهم

ضرر من جراء سريانها في شأنهم[1] ذلك أن العمل بها، لا يكـون إلا بنشـرها فـي الجريـدة الرسمية، وحلول الميعاد المحدد لسريانها. وإن كان سريانها قانونا، لا يعني بالضرورة تطبيقـها عملا.

وإذ كان قانون المحكمة الدستورية العليا لا يتوخى غير ضمان توحيد تفسـير النصـوص القانونية المتنازع على دلالتها بعد تطبيقها. فإنه كلما ظل هذا التطبيق مهملا، فإن طلـب تفسـير النصوص القانونية تفسيرا تشريعيا، يكون غير مقبول. ذلك أن تطبيق النصوص القانونية عمـلا، هو وحده الذي يستنهض الجدل حول حقيقة معانيها وما قصده المشرع بها.

ولا يجوز بالتالي أن يرتبط التفسير التشريعي للنصوص القانونية، بأغراض علمية تتصـل بتأصيل هذه النصوص أو التخريج عليها. ذلك أن التفسير التشريعي، لا يتعلق بغـير النصـوص القانونية التي دل تطبيقها على غموض معانيها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الإنابـة عمـا قصـده المشرع منها، غير ضمان لوحدة تطبيقها وفق ضوابط موحدة يتكافـأ المواطنـون فـي مجـال الخضوع لها.

---

[1] القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية "تفسير" -جلسة ١٩٩٥/١٠/٢١- قاعدة رقم٢ -ص ٨٢١ جزء ٧ مـن مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثالث
لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية
من خلال تفسيرها تفسيرا تشريعيا

٤٨٣-وباستيفاء الشروط الإجرائية والموضوعية لطلب التفسير، تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها في شأن النصوص القانونية المطلوب تفسيرها بقصد توحيد مفاهيمها. وهي توحدها من خلال تقصيها مقاصد المشرع منها.

ولأن إرادة المشرع هي التي تبلور النصوص القانونية محل التفسير، وتشكلها؛ فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا فى مجال التفسير التشريعى، تنحصر فى استظهار هذه الإرادة حتى تحدد للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، دلالتها.

وبانتهاء مهمتها هذه، يخرج طلب التفسير من يدها، فلا تنظر فيما إذا كان النص القانونى المفسر يناقض أو يوافق الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أن الفصل فى دستورية النصوص القانونية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية يتوخى بها المدعى إبطال نص قانونى يراه مخالفا للدستور.

ثانيهما: أن موضوع طلب التفسير ينحصر فى مجرد الكشف عن إرادة المشرع في شأن النصوص القانونية التي تناولها التفسير، وقوفا على ماهيتها ليتم تطبيقها على ضوء حقيقة معانيها. شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، شأن القوانين التفسيرية التي تقرها السلطة التشريعية ذاتها، إذا استبان لها خفاء مقاصدها من النصوص التي تفسرها، على القائمين بتطبيقها، وأنهم ينحلون لها بالتالي غير المعاني المقصود منها. ومن ثم كان مفهوماً ما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن يتخذ موطئا للفصل فى دستوريتها، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها([1]).

([1]) القضية رقم (١) لسنة ١٧ قضائية "تفسير" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥-قاعدة رقم ١ -ص ٨٠٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع واســتخلاصها "دون تقييم لخروجها على الدستور أو اتفاقها مع أحكامه" على تقدير أن النصوص القانونية المطلـــوب تفسيرها، إنما ترد إلى إرادة المشرع وتحمل عليها حملا، سواء التأم مضمونها مع أحكام الدستور، أم خالفها([1]).

([1]) القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٤/١٧- قاعدة رقم ٤٢ -ص ٦٤٧- ٦٤٨ مـــن الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع

طلب التفسير التشريعي ليس بخصومة قضائية([1])

٤٨٤- ينحصر الغرض من طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا فى استكناه إرادة المشرع حتى يحمل النص القانونى المطلوب تفسيره على تلك الإرادة، فلا يناقضها. شأن التفسير التشريعى الصادر عن المحكمة، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهما من النصوص القانونية المعمول بها، التى لم يستبن القائمين على تطبيقها، حقيقية مقاصد المشرع منها.

وسواء صدر هذا التفسير عن المحكمة الدستورية العليا أو عن السلطة التشريعية، فإنه فى الحالتين، لا يعتبر قراراً صادراً فى خصومة قضائية. وإنما يستقل عنها. ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حد التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمانات التقاضى، وبوصفها -فى صورتها الأعم- أداة لتقرير الحق الموضوعى محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التى تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء المنفعة التى يقرها القانون، والتى تعكسها الترضية القضائية التى يطلبها المدعى أو يتوقعها.

والأمر على نقيض ذلك فى التفسير التشريعي. ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحلون لها غير المعانى التى قصدتها. وإذ تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها فى ذلك، فإنها تقيدها بالشروط التى تفرضها لإجرائه. وليس بشرط أن تكون هذه الجهة، قضائية فى تكوينها وضماناتها، وإن تعين دوماً أن تتعلق ولايتها بإرادة المشرع التى شكل على ضوئها النصوص القانونية محل التفسير، وأن ينحصر واجبها فى استكناه هذه الإرادة وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص فى سياقها، وعلى ضوء الأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التى لابستها.

([1]) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية "تفسير" -جلسة ١٩٩٥/١٠/١٢- قاعدة رقم ٢- ص ٨٩٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وما تقدم مؤداه، أنه فيما خلا الشروط التى قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها فى مجال التفسير التشريعى -كتلك التى تعلق بأهمية النصوص القانونية التى تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضى تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمدلولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها فى مباشرتها لمهمتها هذه. وهى بذلك تلتزم بضوابطها فى مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها به تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها. وهى كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل فى خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها. بل يستقل تماماً عنها. ذلك أن مرماه صون النصوص القانونية مما يلبس معانيها بغيرها، لضمان أن يستقيم تطبيقها فى مواجهة المخاطبين بها من خلال فهمها بصورة موحدة.

المبحث الخامس
طبيعة التفسير التشريعي وأثره

٤٨٥- وإذ تفسر المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطلوب تفسيره، فإن قرارها فى ذلك يقيد السلطات كلها والناس جميعهم، بما يلزمهم بتطبيق القاعدة القانونية على النحو الذى فسرتها به المحكمة الدستورية العليا. فلا يدخل أحد عليها "عناصر جديدة" تغير من مضمونها، أو تردها إلى غير الدائرة التى تعمل فى نطاقها. ذلك أن قرار المحكمة الدستورية العليا فى شأن النصوص التى فسرتها، يحدد دلالتها تحديداً جازماً لا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار فى تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا يتجزأ، وواجبا تطبيقه منذ نفاذه. ومن ثم يعتبر النص المفسَّر وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذى حدده قرار التفسير. وليس ذلك تطبيقاً لقرار التفسير بأثر رجعى، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المحكمة الدستورية العليا، لا تفعل شيئا أكثر من تحديد مضمون نص ثار الجدل عميقا من حوله؛ سواء كان هذا النص غامضا خافيا معناه، أو كان معناه الظاهر منافيا ما قصده المشرع منه. وهي في كلتا الحالتين، تعيد لهذا النص صورته الحقيقية التي لم يفطن لها القائمون على تطبيقه.

وثانيهما: أن قرار التفسير يرتد إلى النص المفسَّر منذ ميلاده -لا لإجراء تعديل فيه بأثر رجعى- وإنما بافتراض صدور هذا القرار مستصحباً الحالة التى كان عليها النص المفسر حين ظهر قانوناً إلى الوجود[1].

---

[1] محكمة عليا -الدعوى رقم ٨ لسنة ١ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٦ مايو ١٩٧٢- قاعدة رقم ١٠- ص ٩٣ من الجزء الأول من القسم الأول من مجموعة أحكامها الصادرة فى الدعاوى الدستورية منذ ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦ حيث تقول المحكمة أن القرار المفسِّر الصادر من سلطة مختصة بإصداره، لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر جزءا من التشريع الأصلى الذى فسره، فيسرى من وقت نفاذ هذا التشريع. وإذا كان التشريع الأصلى -بالمعنى الذى تضمنه قرار التفسير التشريعي- هو الواجب التطبيق من وقت نفاذه؛ فإن هذا لا ينطوى على إجراء أثر رجعى لهذا القرار. ولا يمتنع سريان قرار التفسير على الوقائع التى تحدث فى الفترة من صدور التشريع الأصلى والتشريع المفسر له، إلا حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية احتراماً لمبدأ حجيتها.

وأنظر كذلك طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥١ قضائية تفسير -جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١ -ص ٤٧٥ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل السادس والعشرون
الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشئونها الخارجية

المبحث الأول
التداخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق

٤٨٦- تثير إدارة الدولة لشئونها الخارجية محاذير كثيرة منها ما إذا كان التدخل في هذه الشئون يعتبر حقا مقصورا على رئيس الجمهورية. أم أن للسلطة التشريعية دورا في تنظيمها، فلا ينفرد بها رئيس الجمهورية.

ويزيد من صعوبة الأمر أن الشئون الخارجية تتعدد ملامحها وصور التدخل فيها.

فللسلطة التشريعية -ودون ما تمييز بين غير المواطنين بالنظر إلى أعراقهم أو ألوانهم أو لهجاتهم- أن تحدد شروط دخولهم إلى إقليم الدولة، وأحوال طردهم من هذا الإقليم، والقوانين التي يخضعون لها عند وجودهم فيه. واختصاصها في ذلك فرع من السيادة الوطنية، ونتيجة مترتبة على مسئوليتها في مجال صون الأمن العام، وبمراعاة أن طرد غير المواطنين لا يعتبر عقوبة جنائية لا يجوز تطبيقها بأثر رجعي؛ وإن تقيد بشرط الوسائل القانونية السليمة(١).

ولها كذلك أن تعمل على ضمان إيفاء الدولة لالتزاماتها الدولية وفقا لقانون الأمم. ولها في هذا المقام أن تقر القوانين التي يقتضيها تنفيذ معاهداتها مع الدول الأجنبية وأيا كان موضوعها، بشرط أن تكون معاهداتها هذه صحيحة في ذاتها وفقا للدستور؛ وبمراعاة أن المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قد تغاير في طبيعتها واتساعها تلك التي تنظمها السلطة التشريعية في مجال تصريفها للشئون الداخلية في بلدها. ويظل تدخل السلطة التشريعية مطلوبا لتنفيذ معاهدة دولية قائمة كلما كان هذا التدخل كافلاً مصالح قومية ملحة(٢).

وللسلطة التشريعية فضلا عما تقدم، أن تعدل أحكام معاهدة دولية نافذة على ضوء تغيير هام غير متوقع طرأ على السياسة القومية في المسائل التي تناولتها. ولها كذلك أن تتحلل من

---

(1) United States ex rel, Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(2) United States v. Arjona, 120 U.S. 479 (1887).

المعاهدة إذا أخلت دولة متعاقدة بالتزاماتها المقررة بها. ويظل الأصل هـــو أن تعمـل السـلطة التشريعية على ضمان تنفيذ كل تعهد دولي تكون بلدها طرفا فيه. ذلك أن قانون الأمم يلزمها بـأن تتخذ كل التدابير التي يقتضيها صون هذا التعهد ضمانا لتواصل الأمم فيما بينها وتوكيدا لتداخـل مصالحها.

وللسلطة التشريعية دائما أن تردع مواطنيها عن جرائمهم التي يرتكبونها في أعالي البحـار، وأن تأمر بعودتهم إلى بلدهم عند الضرورة، وأن تعاقبهم على امتناعهم عن العـــودة إليـها، وأن تمنعهم من الاتجار فى الأسلحة فى مناطق القتال الأجنبية.

ولها كذلك أن تفرض رقابتها على سفنها التجارية الموجودة في أعالي البحار، وأن تنظـم سلوكها حتى أثناء وجودها في البحار الإقليمية والمياه الداخلية الأجنبية في الحدود التي تتسـامح فيها الدول التي توجد هذه السفن في مياهها أو بحارها([1]).

وإذ تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها في مجال الشئون والعلائق الخارجية الدوليـة، فإن عليها أن تتقيد في ذلك بقواعد الدستور، وعلى الأخص ما اتصل منها بحقـوق المواطنيـن وحرياتهم. ذلك أن الولاية التي تباشرها فى هذا النطاق -وهى عريضة فـى اتسـاعها- يتعيـن إخضاعها للقيود التي يحيطها الدستور بها، شأنها في ذلك شأن كل ولاية تلقتها السلطة التشـريعية عن الدستور، وفوضها في مباشرتها.

ويتعين بالتالي أن يحيط شرط الوسائل القانونية السليمة بكل تنظيم يصـدر عـن السـلطة التشريعية في نطاق الشئون الخارجية، وأن تتوافر علاقة منطقية بيـن مضمـون الاختصـاص المخول دستوريا للسلطة التشريعية، والتدابير التي اتخذتها لتنفيذه([2]).

([1]) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932); United States v. Bowman 260 U.S. 94 (1922).

([2]) Perez v. Brownell 356 U.S. 44 (1958).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية:

Since congress may not act arbitrarily, a rational nexus must exist between the content of a specific power in Congress and the action of Congress in carrying that power into execution

وفي النظم الفيدرالية، تثير إدارة الشئون الخارجية موضوع العلاقة بين السلطة الاتحادية من جهة؛ وولاياتها من جهة أخرى. ذلك أن السلطة الاتحادية المركزية، وإن كانت لا تملك في نطاق الشئون الداخلية غير صور الاختصاص التي اقتطعها دستور الاتحاد من الولايات الأعضاء فيه، إلا أن مظاهر السيادة الخارجية لا تملكها غير السلطة الفيدرالية- لا لأن الدستور خولها هذه السيادة وقصرها عليها- وإنما لأن مباشرة هذه السيادة نتيجة مترتبة بالضرورة على انضمام ولاياتها إلى الاتحاد، وانصهارها في بوتقة واحدة، تمثلها الوحدة الوطنية التي تجمعها.

وهي وحدة مؤداها أن تكون بيد الحكومة المركزية وحدها سلطة إعلان الحرب، والتعاهد على السلم، وإبرام المعاهدات الدولية، والدخول في روابط دبلوماسية مع الدول الأجنبية إلى غير ذلك من أشكال السيادة الخارجية التي وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية دور في مجال تحديد بعض ملامحها، إلا أن اليد الطولي فيها هي لرئيس الجمهورية يصرفها وفق تقديره، وفي حدود الدستور،وبغير إخلال بالقوانين المعمول بها([1]).

٤٨٧- ولا يجوز بالتالي لأية ولاية في تنظيم فيدرالي أن تصدر تشريعا في أمر يتعلق بالشئون الخارجية التي تستقل بها الحكومة المركزية وفقا للدستور، والتي ترتبط أهميتها بتكافؤ الدول في سيادتها، وحساسيتها فيما يتعلق بمصالحها القومية. مثل الشئون الخارجية في ذلك، مثل السلطة التي تملكها الدولة بالنسبة إلى الأعمال العدائية الموجهة ضدها. ذلك أن اختصاصها برد هذه الأعمال على أعقابها، يفيد ضمنا اختصاصها بتسوية الأضرار الناجمة عن تلك الأعمال منذ بدئها، وعلى امتداد مراحل تطورها، وحتى بعد توقفها أو انتهائها، كلما كان التدخل بسلطتها هذه لازما لمواجهة مضار ألحقتها تلك الأعمال بالأوضاع القائمة في إقليمها؛ وبشرط ألا تتحول هذه الرخصة الاستثنائية إلى سلطة دائمة أو مطلقة، غايتها إرضاء مشاعر قومية ملتهبة([2]).

([1]) Kennedy v. Mendoza – Martinez , 372 U.S. 144 (1963).

وينص الدستور الأمريكى على أن لرئيس الجمهورية السلطة التى يبرم بها المعاهدات الدولية بموافقة ونصيحة مجلس الشيوخ وبشرط موافقة ثلثى أعضائه الحاضرين.

([2]) ولا يجوز لولاية بالتالي أن تنظم حق الأجانب في الميراث باعتباره متصلا بالشئون الخارجية التي يستقل بها رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية وفقا للدستور .

Zschernig v. Miller , 389 U.S. 429 (1968)

ذلك أن مواجهة الأعمال العدوانية بالتدابير الملائمة، سلطة خطيرة في اتساعها، وفي قـــدر مساسها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ويتعين بالتالي ضبطها في حـــدود منطقيـــة تزنـــها بقـــدر الضرورة التي فرضتها، فلا تتخذ مبررا لإضفاء الشرعية الدستورية على كل قانون أو إجـــراء ولو كان منافيا لطبيعتها([1]).

([1]) See Concurring Opinion of justice Jakson in Woods v. Miller Co. 333 U.S. 138 (1948).

المبحث الثاني
بعض أحكام المعاهدات الدولية

المطلب الأول
دستورية المعاهدة الدولية

٤٨٨- لرئيس الجمهورية أن يدير السياسة الخارجية لبلده، ولو لم يكن هو الذى حدد ملامحها. وهو مسئول عن التفاوض علي معاهداتها الدولية وإداراتها وإنهائها، وفى أن يقيم علائق مع الدولة الأجنبية أو ينهيها(1).

وكل سلطة لا يتلقاها رئيس الجمهورية من الدستور، ولا بتفويض من المشرع، لا يجوز أن يباشرها، أيا كان قدر الحاجة إليها أو الأوضاع الطارئة التى تتطلبها. وإذا كان الدستور فى بعض الدول لا يفرد رئيس الجمهورية باختصاص الدخول فى معاهدة دولية، وعلى الأخص ما يكون منها ذو أهمية بالغة؛ إلا أن تقييد سلطة رئيس الجمهورية على هذا النحو، مرده إلى نص فى الدستور. والأصل في المعاهدة الدولية، أنها تعاهد بين دولتين أو أكثر لا يفرغ فى شكل معين. وهي تعتبر من أكثر أشكال التدخل تأثيرا في الشئون الخارجية، وعلى الأخص من جهة مضمونها، ونطاق المسائل التي تنظمها، وضرورة التقيد بأحكامها. ومن ثم تظهر المعاهدة الدولية كاتفاق خطير في آثاره من ناحيتين بوجه خاص:

أولاهما: أنها تتناول كل المسائل التي يجوز التفاوض عليها بين الدول أطرافها.

ثانيتهما: أنها تكفل الوفاء بمصالح قومية عليا قلما تتناولها السلطة التشريعية بوسائلها، أو تعجز عن مواجهتها لاتصالها بشئون زمامها أصلا بيد السلطة التنفيذية تنظمها من خلال معاهدة دولية تكون الطريق الوحيد للتدخل في علائق من طبيعة دولية.

ومن ثم كان الأصل أن يندرج موضوع المعاهدة الدولية في إطار المسائل التي يجوز ضبطها من خلال تنظيم دولي. وهي مسائل لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقرر ملاءمة التفاوض عليها، ولا أن تفصل في حسن أو سوء نية السلطة التنفيذية في مجال تنظيمها

---

(1) See, J.Berger, "The Presidential Monopoly of foreign Relations". 71 Mich., L.Review, 1 (1972).

لها من خلال المعاهدة الدولية؛ وإن تعين عليها دوما أن تفرض رقابتها على المعاهدة في أوضاعها الشكلية التي يتطلبها الدستور، وأن تحيط كذلك بمضمون أحكامها للتحقق من تطابقها مع أحكامه، وعلي الأخص ما يتعلق منها بحقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها([1]). ذلك أن كل معاهدة دولية-وهي لا تعتبر كذلك إلا إذا تم التفاوض بين الدول أطرافها علي كافة المسائل التي تناولتها([2])- دون الدستور في منظومة تدرج القواعد القانونية، سواء كان للمعاهدة قوة القانون ليعدلها قانون لاحق عليها([3])؛ أم كان لها قوة تعلو قوة القانون، فلا يعدلها قانون تال للعمل بها.

وليس للمعاهدة أن تعدل الدستور. ذلك أن شرط صحتها هو ألا تناقض أحكامه التى لا شأن لها بما إذا كان الدخول فى المعاهدة فى الدول الفيدرالية قد جاوز الاختصاص المقرر دستوريا لولاياتها. يؤيد هذا النظر، أن المعاهدة الدولية تطرح مسائل قومية عميقة فى أبعادها لا تحميها إلا السلطة الوطنية الفيدرالية([4]). وصح القول بالتالي بأن للمعاهدة -وبالنظر إلى الطبيعة الدولية للمصالح التى تمثلها- أن تنظم بطريقة شاملة، كافة المسائل التى يجوز التفاوض عليها، ولو كان من بينها ما احتجزه الدستور للولاية. كذلك لا شأن لدستورية المعاهدة بما إذا كان الدخول فيها يعتبر إجراء ملائما وضرورياً وذلك لأمرين:

أولهما: أن المعاهدة والقانون دون الدستور فى مدارج التنظيم القانونى فى الدولة. ويتعين بالتالى أن تأخذ المعاهدة فى اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء ورد النص عليها فى الدستور، أو صدر بها ميثاق لإعلان الحقوق. وليس للسلطة التشريعية بالتالى أن تستخلص من معاهدة دولية تتولى تنفيذ أحكامها -من خلال قانون يدمجها في القوانين الوطنية المعمول بها- حقوقاً تعلو بها على الدستور. شأن المعاهدة الدولية فى ذلك -ولو كان إبرامها بموافقة السلطة

---

(1) L. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 251- 70 (1972); laurence H. Tribe, I ibid, p. 227.

(2) De Geofroy v. Riggs, 133 U.S. 258, 267 (1890); Reid V.Covert, 354 U.S. I (1957).

(3) Foster V. Neilson, 27 U.S (2 pet) 253, 314 (1829).

فإذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فإنها تعد له بشرط أن تكون نافذة بذاتها، لأنها إن لم تكن كذلك، فستحتاج إلى قانون لتنفيذها. وفى هذه الحالة يعتبر هذا القانون ملغيا القانون السابق. ولا يقال عندئذ بأن المعاهدة ذاتها ألغت القانون السابق عليها. وفى الدول الفيدرالية تسمو المعاهدة على أي قانون فى الولاية ولو نظم هذا القانون مسائل تدخل فى اختصاصها.

(4) Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920) at 435; Laurence H.Tribe, ibid, p. 227.

التشريعية، وفى حدود توجيهاتها– شأن كل قانون توافق عليه بأغلبية أعضائها، ولو كان الدخول فى المعاهدة الدولية وفق أوضاع شكلية تغاير تلك التى يتطلبها الدستور فى شأن اقتراح القوانين واقرارها وإصدارها.

ثانيهما: أن ملاءمة المعاهدة أو ضرورتها لا شأن لها بضوابط دستوريتها. ذلك أن كل معاهدة دولية تتجرد من آثارها بقدر خروجها على الدستور، سواء تم الدخول فيها تنفيذاً لسياسة تم الاتفاق عليها، أم كان التفاوض عليها وإبرامها قد تم لمواجهته أوضاع طارئة. ذلك أن التدخل بالمعاهدة لتنفيذ سياسة قائمة، لا يحصنها؛ وإنما يتعين للفصل في دستورية المعاهدة، النظر إلى السلطة التى أبرمتها، وإلى حدود اختصاصها المقرر بالدستور، وإلى كيفية مباشرتها لهذا الاختصاص؛ وبمراعاة أن الفصل في دستورية القانون الصادر بتنفيذ معاهدة دولية، لا ينفصل عن المعاهدة التى تعلق هذا القانون بها.

المطلب الثاني
مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة

٤٨٩– تتوزع السلطة بين الأفرع التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تندمج في بعضها، حتى تباشر كل منها –وعلى ضوء تعاونها لا تناحرها– وظائفها بصورة مقتدرة لا طغيان فيها، وفي إطار أشكال من الرقابة التي تتبادلها فيما بينها، بما يحفظ توازنها ويكفل تساويها مع بعضها The system of cheques and balances. وبمراعاة أن فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها، لا يتقرر دائما بخطوط قاطعة. بل كثيرا ما تكون حدود هذا الفصل مشوبة بالغموض. وهو ما يلقي واجبا ثقيلا على جهة الرقابة على الدستورية التي يتعين عليها عندئذ أن تبين الخطوط التي لا يجوز لأية سلطة أن تتجاوزها، وعلى الأخص فيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تنفيذ السياسة القومية في الشئون الخارجية، من خلال معاهدة دولية تعتبر أداة رئيسية لتطوير العلائق بين الدول.

ولا شبهة في أن اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة شئون الدولة الخارجية، إنما يدخل فيه عقده لمعاهدتها الدولية. ذلك أن إدارته لهذه الشئون لا تتأتي من تفويض يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مرد أمره في تصريفها إلى الدستور، مقيدا في ذلك بأحكامه. فلا تكون سلطته في إدارة الشئون الخارجية مطلقة لا قيد عليها، وإن تعين القول بغلبة عناصر التقدير على ضوابط

التقييد فيها، واتساع نطاقها، ومرونتها، ومواجهتها لأوضاع متغيرة بطبيعتها، خاصة وأن نفاذ رئيس الجمهورية إلى الأوضاع الداخلية في الدول الأجنبية، ومعرفته بظروفها وخبرته بشئونها، يتحقق على نحو أفضل من السلطة التشريعية. وهو يعتمد على مصادره المحايدة التي ترتبط به مباشرة -كرجال مخابراته وسفرائه وقناصله الموزعين في الدول على اختلافها- للحصول على المعلومات التي يطلبها منهم عنها. فلا تكون موضوعية تقاريرهم وسريتها إلا مصادر موثوق بها تنير خطاه، وتبصره بالطرائق الأفضل للتعامل مع هذه الدول.

وهو يقرر على ضوء هذه التقارير -التي تعتبر سريتها وضرورة كتمان ما ورد بها من أكثر الوسائل فعالية لتحديد الملامح الجوهرية للسياسة الخارجية- شكل التدخل،وصور التأثير في الدول الأجنبية التي يتعامل معها، وأثر هذا التدخل على الأوضاع التي تحيط بالدول المجاورة لها، وعلى روابطه الدبلوماسية في مجموعها، وما إذا كان مرغوبا فيه ألا يتدخل على نحو ما، أو ألا يتدخل على الإطلاق.

ولئن كان نفاذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، معلقا أحيانا على موافقة السلطة التشريعية عليها، إلا أن هذه السلطة لا يجوز أن تتدخل في عملية التفاوض بشأنها([1]). ومن باب أولي إذا كان نفاذ المعاهدة في الداخل واقعا بحكم الدستور بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية التي لا تشترط لسريان المعاهدة في النطاق الداخلي، صدور قانون ينقل أحكامها من المجال الدولي ويدمجها في القوانين الوطنية، وإنما يجعل للمعاهدة التي يبرمها رئيس الجمهورية، قوة القانون، بمجرد التصديق عليها و نشرها وفق الأوضاع المقررة.

بما مؤداه أن كل اختصاص ينفرد به رئيس الجمهورية وفقا للدستور، يظل واقعا وراء حدود السلطة التشريعية ورقابتها. ذلك أن الأصل في السلطة -أيا كان مضمونها أو الأفرع التي تباشرها- هو أن يكون الدستور مصدرها. فلا تباشر السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية غير الولاية التي حددها الدستور؛ وكذلك ما يندرج ضمنا تحتها، أو يعتبر نتيجة مترتبة عليها Resulting Power. وكلما كان الغرض مشروعا، وواقعا في حدود الدستور، كان للسلطة أن

([1]) United States v. Curtiss – Wright Export Corp.299 U.S, 304 (1936).

تعمل علي تحقيقه، بكل الوسائل الملائمة وغير المحظورة، والموافقة للدستور في عبارته وروحه(١).

"Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution ; and all the means which are apppropriate , which are plainly adapted to that end, which are not probibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

ولرئيس الجمهورية إذا لم يرض بالشروط الجديدة التي تريد السلطة التشريعية إدخالها على المعاهدة، أن يتخلى عن التفاوض لإتمامها. وسلطته في ذلك مطلقة لا قيد عليها(٢).

المطلب الثالث

التفاوض على المعاهدة الدولية

٤٩٠- لا تصدر أية مبادرة للدخول في معاهدة دولية إلا عن رئيس الجمهورية. فإذا عزم على عقدها، اختص دون غيره بالتفاوض حول بنودها(٣).

ولرئيس الجمهورية أن يرخص لغيره في التفاوض علي المعاهدة. وقد يتفاوض شخص عليها بغير تفويض يخوله السلطة الكاملة التي يكون بها ممثلا لدولته في القبول بأحكامها.

وفي هذه الحالة تكون المعاهدة عديمة الأثر بالنسبة لهذه الدولة ما لم تجزها بعد إبرامها بإقرار لاحق(٤).

ويقدم رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية -إذا اشترط الدستور تدخلها للموافقة على المعاهدة- المعلومات التي يقدر ملائمة عرضها عليها في شأن تطور مراحل المعاهدة ونتائجها(٥).

---

(1) Mc Culloch v. Maryland ,U.S. 4 Wheet 316, 420, 421 (1819).

(2) Grandall, Treaties, Their Making and Enforcements Washington: second edition. 1916.

(3) United States v. Curtiss- Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

(٤) انظر في ذلك المادة ٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات Document A CONF. 39126

(5) E. Corwin, the president - Office and powers 1787- 1957 New York, fouth edition, 1957, pp. 428- 429.

ولها بعدئذ أما أن تقرر رفض الموافقة على المعاهدة، أو القبول بها دون شروط، أو تعليق الموافقة عليها على تعديل بعض أحكامها، أو على التحفظ عليها، أو على إصدار بيان بالتفاهم حول دلالتها([1]). ويتعين أن يتفاوض رئيس الجمهورية من جديد حول المعاهدة إذا كان قبول السلطة التشريعية لها، معلقا على تحفظ أو رهن إجراء تعديل فيها. ويثير بيان التفاهم محاذير كثيرة، أهمها أنه يعطي تفسيرا للمعاهدة قد لا يكون مقبولا من الدول أطرافها([2]). كذلك فإن التحفظ على بعض أحكامها لا يكون جائزا إذا كان ينظر إلى المعاهدة بوصفها صفقة متكاملة الأجزاء لا يجوز إدخال تغيير يؤثر في بنيانها، مما يقتضي القبول بها في مجموع أحكامها، أو عدم الدخول فيها على الإطلاق.

المطلب الرابع
تفسير المعاهدة الدولية

٤٩١- تحكم المعاهدة في مجال تفسيرها قاعدة كلية حاصلها أن كل تفسير يحبط الأغراض المقصودة منها، لا يكون مقبولا. كذلك، فإن قواعد تفسير المعاهدة ترتد في جذورها إلي القواعد التي تفسر بها العقود في مجال القانون الخاص. وصح القول بالتالي -وعلي ما تنص علية المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- <<بضرورة تفسير المعاهدة بما يتفق وحسن النية، وعلي ضوء المعني المعتاد الذي يتعين أن يعطي لعباراتها ومصطلحاتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوعها ولا بأغراضها.

ويشمل سياق المعاهدة -لأغراض تفسيرها- أحكامها وملاحقها وديباجتها؛ وكذلك كل اتفاق يتعلق بالمعاهدة تم بين الدول أطرافها في مجال إبرامها. فضلا عن أية وثيقة لها شأن بالمعاهدة في مجال إبرامها، إذا أصدرتها إحدى الدول المتعاقدة، وأقرتها الدول الأخرى أطرافها كوثيقة تتعلق بالمعاهدة.

([1]) The constitution of the United States of America, U.S. gonernment printing office, Washington 1996, p. 420.

([2]) يقصد بالتحفظ -وعلي ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- ذلك البيان الفردي A Unilateral Statement أيا كانت الطريقة التي صيغ بها أو التسمية التي أطلقت عليه، إذا كان من شأن هذا البيان التعبير عن إرادة الدولة وقت توقيعها علي المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها، أو قبولها لها، في استبعاد أو تعديل الآثار القانونية لبعض أحكامها في مجال تطبيقها بالنسبة إليها.

ويؤخذ في الاعتبار -بالإضافة إلى سياق المعاهدة، وفضلا عن قواعد القانون الدولي ذات الصلة المعمول بها في علائق الدول فيما بينها- كل اتفاق لاحق تم بين الدول أطرافها فيما يتعلق بتفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها، إذا دل علي قبول الدول أطرافها لهذا التفسير. ويعطي كل مصطلح فى الاتفاقية معني خاص، إذا قام الدليل علي اتجاه إرادة الدول إلى هذا المعني>>.

وتجيز المادة ٣٢ من هذه الاتفاقية، اللجوء إلى وسائل تكميلية للتفسير، بما في ذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدة، وإلى الأوضاع الملابسة لإبرامها، وذلك من أجل توكيد معانيها الناجمة عن تطبيق المادة ٣١ من الاتفاقية؛ أو لتحديد هذه المعاني إذا كان تفسير المعاهدة وفقا لنص المادة ٣١ المشار إليها، يترك المعني غامضا أو مجهلا، أو يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، أو مجاوزة بشكل ظاهر ما هو معقول Manifestly absurd or unreasonable.

وتنص المادة ٣٣ من الاتفاقية المذكورة علي "أنه كان نص المعاهدة محررا بأكثر من لغة رسمية، فإن صيغها الرسمية جميعها تكون لها القوة ذاتها، ما لم تنص المعاهدة أو تتفق الدول أطرافها علي تغليب صيغة رسمية معينة علي أخري، حال اختلافهما في المعني. ويفترض أن تتوافق الصيغ الرسمية المختلفة للمعاهدة في معانيها. وفيما عدا الحالة التي تنص فيها المعاهدة أو التي تتفق فيها الدول أطرافها علي تغليب صورة علي أخري من الصيغ الرسمية للمعاهدة، فإن ما يقع من تغاير في المعني بين صيغة وأخري عند مقارنتها ببعض، يتعين أن يفض -إذا تعذر حله من خلال المادتين ٣٢،٣١ من الاتفاقية- بالرجوع إلى المعني الذي يوفق بطريقة أفضل، بين ما هو قائم من تعارض بين هاتين الصيغتين الرسميتين، مع إيلاء الاعتبار لموضوع المعاهدة وأغراضها".

٤٩٢- تلك هي الخطوط الرئيسية لقواعد تفسير المعاهدة التي شكك بعض الفقهاء في وجودها أصلا في نطاق القانون الدولي؛ وإن كان آخرون قد ذهبوا إلى احتواء هذا القانون علي أصول لتفسير المعاهدة لا يجوز تجاهلها. وهم يستخلصون هذه الأصول من القواعد التي أقرتها في هذا الشأن المحكمة الدائمة للعدل الدولي([1]). وهي قواعد حرص معهد القانون الدولي كذلك

([1]) انظر في ذلك الرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في موضوع.
"The Exchange of Greek and Turkish Populations". Ser.B.No p.p20,26.
وكذلك رأيها الاستشاري في موضوع "Postal Polish Office in Danzig," Ser.B.No.11, at 37.

علي صياغتها -بحذر كبير- في مادتين([1]). والفقهاء يختلفون كذلك في نقطة البداية التي يركزون عليها في مجال التفسير. فمنهم من يولي اهتمامه لنصوص المعاهدة بوصفها التعبير الأدق والرسمي عن نوايا الدول أطرافها. وينظر آخرون إلى نوايا هذه الدول بوصفها عاملاً شخصيا منفصلا عن نصوص المعاهدة؛ ويركز نفر آخر علي موضوع وأغراض المعاهدة، المعلنة أو الواضحة.

والذين يعولون من الفقهاء على نوايا الدول المتعاقدة، يجيزون الرجوع بصورة متحررة إلى الأعمال التحضيرية، وإلى غيرها من الوثائق التي تفيد في كشفها عن هذه النوايا. والذين يعطون أهمية رئيسية لموضوع المعاهدة وأغراضها -خاصة في المعاهدات التي تتعدد الدول أطرافها- يسوغون تفسير أحكامها فيما وراء نصوصها، وحتى بالمخالفة لها. ولكن الفقهاء في غالبيتهم يرون أن المكانة الأولى في التفسير، هى تلك التى تحتلها نصوص المعاهدة. ولكنهم لا يتجاهلون كذلك الشواهد الخارجية على نوايا الدول أطرافها، ولا يسقطون من حسابهم موضوع المعاهدة وأغراضها في مجال تفسير أحكامها. والمحاكم الدولية جميعها تلجأ في تفسير المعاهدة إلى قواعد التفسير المقررة في نظمها الوطنية في مجال تفسير العقود. وإن صح ما قرره الفقهاء من أن قواعد التفسير هذه، ليس لها صفة إلزامية، لأنها تعتمد علي المنطق وحسن التقدير، وأن قيمتها تكمن في مجرد كونها خطوطا توجيهية لضوابط التفسير لا ترقي إلى مرتبة الإلزام، وإن ملاءمة تطبيقها في حالة بذاتها، مرده إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طبيعة المعاهدة وموضوعها، وطريقة ترتيب عبارتها، وصلتها ببعضها، وعلاقتها بالأجزاء الأخرى في المعاهدة، ودرجة اقتناع المفسر -لا بآلية تطبيق هذه الضوابط- وإنما بمدي صلاحيتها لمواجهة أوضاع بذاتها أفرزتها المعاهدة في مجال تطبيقها بين الدول أطرافها.

ولا يتصور بالتالي تقنين قواعد تفسر المعاهدة علي ضوئها، كلما كانت ملاءمة تطبيقها في حالة بذاتها، موقوفة علي الطبيعة الخاصة لنص معين، أو علي النظرة الشخصية لأوضاع تحيط بالمعاهدة وتؤثر فى تطبيقها. وإنما يتعين أن يقتصر التقنين على تلك القواعد التى لها من عموم تطبيقاتها ما يسوغ الإحالة إليها فى مجال تفسير المعاهدة. ويندرج فى إطار هذه القواعد: ما هو مقرر من أنه إذا تعارض تفسيران للمعاهدة أحدهما يمنحها الفعالية والأخر يحجبها عنها علي

([1]) Annuaire de L'institut de droit international, Vol.46(1956)P.359.

ضوء موضوعها و أغراضها، فإن التفسير الأول يكون هو الأدق باعتباره ضرورة يقتضيها حسن نية الدول أطرافها في مجال تنفيذها.

٤٩٣- وينبغي أن يلاحظ ما يأتي:

أولا: إن فاعلية المعاهدة The rule of effectiveness ، لا تخول أحدا أن يفسرها بما يناقض دلالة عبارتها وروحها. ذلك أن مثل هذا التفسير ينحل تعديلا لأحكامها، ولا يتوخي مجرد تحديد معانيها([1]).

ثانيا: يتعين النظر إلي المعاهدة إليها كوحدة تتكامل أجزاؤها فيما بينها. كذلك فإن النظر إلي قواعد التفسير المختلفة لترتيبها فيما بينها وفق علاقة منطقية تقتضيها طبائع الأشياء، لا يفيد تدرج هذه القواعد فيما بينها في نطاق علاقة هرمية تقدم بعضها قانونا علي بعض Hierarchy of norms.

ثالثا: أن نص المعاهدة هو نقطة البداية في كل تفسير لأحكامها. ويتعين بالتالي أن يؤخذ بمعاني ذلك النص في دلالتها المعتادة، وفي إطار سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يحبط أغراضها، وأن يعول دائما علي ما يجري به العمل بين الدول أطرافها، وعن اتفاقاتها اللاحقة لإبرامها والتي تبلور تفاهمها فيما بينها علي المعاني التي يتعين إسنادها إلى المعاهدة.

ومرد أصل اللجوء إلى النص ابتداء The Textual Aepproach أنه التعبير الأوحد والأخير عن الإرادة المشتركة للدول المتعاقدة. ويتعين التعويل عليه أصلا فيما خلا الفروض النادرة التي حكم لها.

Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties([2]).

رابعا: أن تفسير المعاهدة وفق ما يقتضيه حسن النية، مرده أنها شريعة العقد فيما بين الدول أطرافها Pacta sunt servanda.

([1]) Ut res magis valeat quan perear.

([2]) أنظر في ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية I.C.J Reports 1950,p.229
Annuaire de l'institut de droit international ,vol.44, tome 1(1952),p.199.

خامسا: الأخذ بالمعني المعتاد لمصطلح ورد في المعاهدة، علي ضوء مفاهيم مجردة، وإنما يتحدد في إطار سياق المعاهدة، وعلي ضوء موضوعها وأهدافها؛ ووفق معقولية أو اضطراب هذا التفسير. وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة باختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن قبول دولة جديدة كعضو بها، ما يأتي:

"إن المهمة الأولى لأية محكمة تدعي لتفسير نصوص معاهدة دولية، هي أن تعمل جاهدة علي إعطاء الفاعلية لأحكامها في النطاق الطبيعي والمعتاد لدلالتها، وعلي ضوء سياقها. فإذا أمكن إسناد معني معقول لها في هذا النطاق، كان ذلك نهاية لمهمة المفسر([1])".

سادسا: أن ما قد تتصوره إحدى الدول من معان لألفاظ المعاهدة، تقوم في ذهنها وقت التفاوض عليها أو عند إبرامها، لا يعدو أن يكون تحفظا ذهنيا Mental reservation قد يقوم الدليل علي نقيضه من حقيقة مضمون نصوص المعاهدة، ودلالة عباراتها.

سابعا: لا يجوز في مجال تفسير المعاهدة أن نحتكم إلي التفسير المرن لأحكامها بقصد تطويرها، و لا إلى التفسير المضيق لنطاق تطبيقها بقصد صون حقوق السيادة وفرض أقل القيود عليها. ذلك أن لكل معاهدة نطاقا طبيعيا تعمل فيه، ودائرة لسريانها ومضمونا لأحكامها لا يجوز أن يختل من خلال هاتين الصورتين من صور تفسير المعاهدة اللتين قد تنقضان إرادة الدول أطرافها، ولا تفسحان مجالا حقيقيا لتعمق مقاصدها من المعاهدة. والأولى أن نعتد بمعانيها الواضحة، سواء كانت المعاهدة من طبيعة مشرعة Traités Lois، أم كانت من طبيعة عقدية Traités Contrats، وأن تؤخذ هذه المعاني من الدلالة الطبيعية أو المألوفة للكلمة أو العبارة، لا أن نحملها بمعان ترهقها، أو تحورها. وهو ما تقرره المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي([2])، وذلك بقولها:

It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.

([1]) I.C.J Reports 1950, p.8.
([2]) I.C.J Reports 1950, p.8.

ثامنا: يتعين تفسير المعاهدة بالنظر إلى كافة بنودها، فلا يقتصر التفسير على نص منها منعزلا عن غيره. ذلك أن نصوص المعاهدة تتكامل فيما بينها. وحتى الدلالة القاطعة لبعض ألفاظها في أجزاء من المعاهدة، قد تنقضها معان يمكن أن نستنبطها من باقي أجزائها.

تاسعا: خلو المعاهدة من نص يحكم الحالة المعروضة، لا يجوز أن يغل يد المفسر عن النظر في أغراض المعاهدة. فإذا استطاع أن يستخلص منها حكما يغطي به هذا الفراغ، تعين تطبيقه[1].

المطلب الخامس
العلاقة بين المعاهدة والقانون

٤٩٤- ويقرر دستور جمهورية مصر أن المعاهدة شأنها شأن القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. فلا يعلو القانون على المعاهدة، ولا المعاهدة على القانون. ولكنهما يتكافآن في مرتبتيهما في مدارج القواعد القانونية. وإذ كان الدستور يسمو على المعاهدة والقانون، فإن عليهما أن يتقيدا بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور. فإن هي جاوزتها، تعين إبطالها. ولا يجوز بالتالي أن تنال معاهدة دولية -وأيا كان موضوعها- من نصوص الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية.

---

[1] ومن ذلك ما قررته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بتعويض العاملين بالأمم المتحدة عن الأضرار التي تصيبهم وتؤدي إلى موتهم أو إلى إحداث جروح بهم من جراء عمل يصدر عن إحدى الدول الأعضاء بها، من أن ميثاق الأمم المتحدة وإن خلا من نص يخول هؤلاء العاملين الأهلية القانونية التي يقاضون بها الدولة التي صدر عنها العمل الضار؛ إلا أن هذا الميثاق لم يجردهم كذلك من الأهلية، وما كان بوسعهم الحصول على حقوقهم من الدول المسئولة، بغير تمتعهم بتلك الأهلية، ومن ثم يكون واجبا افتراض ثبوتها لهم. راجع أيضا:

I.C.J. Reports 1949, 174. See also, The Corfu Channel Case (Merits) I.C.J. Reports 1949,at .PP.23-26 أنظر كذلك في كل ما تقدم:

Lord McNair, The Law of Treaties, Qxford, 1961, pp.129-157 See also, Draft Articles on the law of treaties with Commentaries, adopted by the international Law Commission at its 18th session, United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Documents, pp.37-46

فما تدعيه ولاية في تنظيم فيدرالي من حقها في تنظيم هجرة الطيور عبر إقليمها، ينال من المصلحة الوطنية العريضة في اتساعها، والتي تقتضي أن تنظم هذه الهجرة من خـــلال معـــاهدة دولية، وبقوانين فيدرالية. خاصة وأن الطيور المهاجرة لا تتوطن في أية ولايـــة، وإنمـــا يكـــون مرورها بها عابرا. والمعاهدة والقانون هما اللذان ينظمان هذه الهجرة. وبدونهما لن تكون ثمـــة طيور تنظمها أية سلطة. ولن يكون ثمة محل للاعتماد عليها، سواء كغذاء أو في مجال تنقيـــة وحماية المحاصيل من حشراتها([1]).

وكلما تعارض مضمون المعاهدة وقانون لاحق عليها، وكان للمعاهدة قوة القـــانون، فـــإن أولوية التطبيق تكون لهذا القـــانون دون المعـــاهدة Leges Posteriores Priores Contrarias Abrogant.

ذلك أن كلا من المعاهدة والقانون تتكآفان فى هذه الصورة في درجتيـــهما، فـــلا يكـــون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدلا أو منهيا لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقه للقانون، فإنها تعدله بشرط أن تكون نافذة بذاتها Self-executing Treaty([2]). وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصدور قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الداخلى ويجعلها واجبة الاحـــترام([3]) فـــإذا كـــان تنفيذها معلقا على صدور قانون لاحق، فإن القانون السابق يظل قائما إلـــى أن يصـــدر القـــانون اللاحق. وكثيرا ما تكون المعاهدة غير نافذة نفاذا ذاتيا، إما بالنظر إلى طبيعة موضوعـــها([4]) أو بناء على نص فيها.

([1]) كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد أبرمت معاهدة مع بريطانيا العظمى من أجل حماية الطيور المـــهاجرة. وقد أصدر الكونجرس قانونا لتنفيذ هذه المعاهدة، إلا أن ولاية ميسوري نعت على هذا القانون تعديه علـــى المجال المحجوز للولايات بمقتضى التعديل العاشر للدستور الأمريكي. ولكن المحكمـــة العليـــا للولايـــات المتحدة قضت بأنه لا شبهة في دستورية القانون المطعون عليه، لصدوره عن الكونجرس في نطاق ســـلطته في اتخاذ التدابير الضرورية والملائمة لتنفيذ سلطات الحكومة

Missouri v. Holland , 252 U.S. 416 , 432 (1920).

([2]) Cook v. United States, 288 U.S.102(1933).

([3]) Faster v. Neilson 2 pet (27 U.S.) 253, 314 (1829).

([4]) ومن ذلك معاهدات الحياد، والمعاهدات التى تتعلق بالحرب والمعاهدات التى تكفل للأجـــانب حقوقـــا مدنيـــة يتساوون فيها مع المواطنين

وقد تكون للمعاهدة قوة تعلو على القانون، ولا يتصور فى هذه الحالة أن يعدلها قانون لاحق. وهو ما تنص عليه المادة ٥٥ من الدستور الفرنسى بقولها بأن لكل اتفاق أو معاهدة دولية قوة تربو على القانون إذا كان التصديق أو الموافقة عليها، قد تم وفق الأوضاع المقررة، وبشرط تبادل تطبيقها بين الدول أطرافها.

وكلما كان تدخل السلطة التشريعية مطلوبا لتنفيذ معاهدة دولية، فإن الأمر يحتمل عندئذ أحد فرضين:

أولهما: أن يكون موضوع المعاهدة واقعا فى إطار المسائل التى عهد الدستور صراحة إلى السلطة التشريعية بتنظيمها. وعندئذ يدخل تنفيذ المعاهدة فى إطار اختصاص كفله الدستور لهذه السلطة.

ثانيهما: أن يكون موضوع المعاهدة ذا طبيعة دولية. وفى هذه الحالة لا يتدخل المشرع لتنفيذ المعاهدة بناء على نص مباشر فى الدستور يخولها هذا الاختصاص. وإنما لأن ولايتها المقررة بالدستور يندرج تحتها ضمنا. إقرار كافة القوانين التى تراها ملائمة وضرورية لإعمال مقتضاها The nesessary and proper clause.

وليس للمشرع فى نظام فيدرالي، أن يجرم الأفعال المخلة بالنظام داخل حدود الولاية، ولكنه يستطيع تقرير عقوبة عن هذه الأفعال ذاتها، إذا كان من شأنها حرمان غير المواطنين بها، من الحقوق التى كفلتها لهم معاهدة دولية. فلا يكون القانون الصادر عن المشرع الفيدرالى، إلا إجراء ضروريا وملائما لتنفيذ هذه المعاهدة[1].

كذلك لا تختص السلطة التشريعية وفقا للدستور بتخويل قناصلها سلطة قضائية على مواطنيها فى الدول الأجنبية، لأن ذلك من المهام التى تنظمها المعاهدة فيما بين الدول أطرافها، وإن جاز للسلطة التشريعية أن تصدر قانونا تكميليا لهذه المعاهدة، باعتباره إجراء ملائما وضروريا لتطبيقها. ولا يجوز للسلطة التشريعية كذلك أن تصدر قانونا بتسليم الهاربين من العدالة إلى الدولة طالبة التسليم، ولكن المعاهدة بوسعها ذلك. وقد أصدر المشرع كثيرا من القوانين التى ينفذ بها معاهدات التسليم هذه.

---

(1) Neely v. Henkel, 180 U.S. 109, 121 (1901).

وتنحصر الرقابة على الدستورية فى هذه الصور جميعها، فى التحقق مما إذا كان تدخل السلطة التشريعية على النحو المتقدم، يعتبر إجراء ضروريا وملائما لتنفيذ معاهدة قائمة. فإن لم يكن هذا التدخل كذلك، فإن هذه السلطة تكون قد جاوزت حدود ولايتها، وأتت بالتالى عملا مخالفا للدستور.

بما مؤداه، أن كافة المسائل ذات الطبيعة الدولية وما يتصل بها من حقوق الدول والتزاماتها، تتفرع عن حقوق السيادة التي تباشرها كل دولة على امتداد إقليمها. وليس لسلطة محلية من شأن بها. وإنما الشأن فيها إلى السلطة القومية المركزية التي تملك من خلال المعاهدة الدولية تنظيم هذه المسائل على الصعيد القومي، ولو كان للسلطة المحلية بعض الحقوق في شأنها.

المطلب السادس
المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني

٤٩٥- لا يعتبر مخالفا للدستور، خروج المعاهدة الدولية على الشروط التي تطلبتها السلطة التشريعية لإبرامها. ذلك أن مجاوزة رئيس الجمهورية لحدود تفويض صدر عنها للدخول في المعاهدة الدولية، لا يدل بالضرورة على إهداره نصوص الدستور، ويؤكد فقط مجاوزة المعاهدة لشروط يفترض أن تكون إطارا لها، ومدخلا لتنفيذ الحقوق التي كفلتها.

ولا كذلك أن تخل المعاهدة التي دخل فيها رئيس الجمهورية بحقوق الأفراد أو حرياتهم الأساسية التي يكفلها الدستور أو وثائق إعلان الحقوق، ولو كان موضوع المعاهدة من طبيعة دولية تخص أسرة الدول، وتدخل في اهتماماتها International Concern.

وإن صح القول بأن الطبيعة الدولية لموضوع المعاهدة تعبير مرن، وأن المعاهدة الدولية في تطورها الراهن تتناول مسائل تتنوع مجالاتها باطراد، ويزداد اتساعها يوما بعد يوم، ولم تكن أسرة الدول تعطيها من قبل قدرا كبيرا من الاهتمام، كالاتجار غير المشروع بالعمال المهاجرين، واستغلال المدمنين والبغايا وعمل الأطفال، وحظر كافة أشكال نظام العمل المسخر، وصور التمييز ضد المرأة، وفرض الزوج قسرا، والرق في صورته التقليدية، وكذلك في أشكاله الجديدة التي تتمثل في التحريض علي دعارة المرأة والتعامل في الأطفال، وارتهان شخص وفاء

لدين. وكذلك تعويض ضحايا إساءة استعمال السلطة وحماية كافة الأشخاص الذين يتعرضون بصفة مؤقتة للاحتجاز أو لغير ذلك من صور تقييد الحرية الشخصية المجافية لشرط الوسائل القانونية السليمة، كالإيداع غير المشروع في السجون.

المطلب السابع
المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية

٤٩٦- الأصل في المعاهدة الدولية أن تتقيد بالشروط الشكلية والموضوعية التي تطلبها الدستور فيها.

٤٩٧- وقد تتضمن المعاهدة الدولية أحكاما تخرج بطبيعتها من مجال الرقابة القضائية على الدستورية. ويندرج تحتها ما إذا كان ثمة إخلال بالمعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة؛ وما إذا كان الدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يعد لها من وجود بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري على ظروفها Fundamental Change in Circumstances؛ وما إذا كان ثمة إجراء أو إعلان قد صدر عن دولة متعاقدة، يخول السلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل، سواء بالامتناع عن تنفيذ المعاهدة، أو بوقفها، أو باتخاذ إجراء على خلافها([1]).

وليس لقضاة الشرعية الدستورية كذلك من شأن بقرار التحفظ علي المعاهدة؛ ولا بقرار سحبه؛ ولا بالشروط التي تتفق عليها دولتان متعاهدتان لتطبيق معاهدة دولية بصفة مؤقتة، سواء في كامل أجزائها أو بعضها؛ ولا بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأغيار عنها، حقوقا تمنحها لها؛ ولا بتعديل معاهدة قائمة؛ ولا بقرار الدول المتعاقدة فصل بعض أجزاء المعاهدة عن بعض؛ ولا بقرار إحداها أو بعضها إلغاء المعاهدة أو وقفها أو التخلي عنها، أو انسحابها منها. ذلك أن كل قرار من هذا القبيل يدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية، ولو كان قبول السلطة التشريعية للمعاهدة، مشروطا للتقيد بأحكامها.

٤٩٨- ويظل لقضاة الشرعية الدستورية الولاية الكاملة للتحقق من استيفاء المعاهدة للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كالتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. وهو

([1]) Taylor v. Morton, 23 Fed Case. 784 (No. 13, 799) 1855; See also Goldwater v.Carter, 444 U.S. 996 (1979).

ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور مصر. ولئن خلا هذا الدستور من بيان حكم الانضمام إلى المعاهدة؛ إلا أن لهذا الانضمام الآثار ذاتها التي يرتبها التصديق. كلاهما يخلع علي المعاهدة قوة القانون وينقلها إلى القانون الداخلي بعد نشرها في الجريدة الرسمية، وذلك عملا بنص المادة ١٥١ المشار إليها.

ومن ثم تتجرد المعاهدة من قوة القانون، ولا تنفذ في النطاق الداخلي إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو كان قد صدق عليها، ولكنها لم تنشر.

ذلك إن نشر أحكامها في الجريدة الرسمية يعتبر شرطا جوهريا لافتراض العلم بها، ولإمكان تطبيق المحاكم الوطنية لها، وفرضها علي المخاطبين بها.

ويعتبر التصديق علي المعاهدة، وكذلك الانضمام إليها تعبيرا من الدولة المتعاقدة عن إرادة التقيد بالمعاهدة، ولكنهما يختلفان في أن التصديق علي المعاهدة يفترض تفاوض الدول -التي تتبادل وثائق التصديق فيما بينها- علي أحكام المعاهدة([1]) ولا كذلك الانضمام إليهما Accession إذ يصدر عن جهة في السلطة التنفيذية منحها الدستور هذا الاختصاص في شأن معاهدة لم تتفاوض عليها؛ ولم توقعها.

ومن ثم كان الانضمام إلى المعاهدة قبولا من هذه الجهة للدعوة المفتوحة الموجهة إليها من الدول أطرافها للتقيد بأحكامها، وفق شروط هذه الدعوة ومتطلباتها التي تعيها الدول الأصيلة في المعاهدة([2]). وهي الدول التي أبرمتها ابتداء؛ وإن كان خضوع المعاهدة للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، شرطا لسلامتها دستوريا.

كذلك يفرض قضاه الشرعية الدستورية رقابتهم في شأن مضمون النصوص التي حوتها المعاهدة للتحقق من موافقتها للدستور في محتواه.

([1]) الأصل في القانون الخاص هو أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل متي التزم النائب بتعليمات الأصيل. وكان من المفترض في القانون الدولي -فيما لو أخذنا بالقاعدة السابقة- أن تعتبر المعاهدة نافذة في حق الدولة إذا أبرمها من كان يتفاوض باسمها عليها، في حدود توجيهاتها. ولكن المعمول به الآن في محيط الأسرة الدولية، هو أن التصديق اللاحق علي التفاوض، يعتبر إجراء ضروريا لنفاذ المعاهدة.

([2]) Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157.

ومن ثم يعتبر مخالفا للدستور، إنكار هذه النصوص للحق في التقاضي، أو لحق غير المواطنين في اقتضاء الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة التي اكتسبها هؤلاء وفق النظم القائمة؛ أو لحق المواطنين في المعاملة المتكافئة أمام القانون؛ أو للحق في بيئة خالية من ملوثاتها.

المطلب الثامن
إنهاء المعاهدة

٤٩٩- الأصل أن يكون إنهاء المعاهدة باتفاق أطرافها، أو نتيجة إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالتزاماتها، أو بناء على إخطار تفصح به إحدى الدول المتعاقدة عن رغبتها في إنهاء العمل بالمعاهدة بعد فترة زمنية من اتصال هذا الإخطار بها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها إقرار المعاهدة الدولية، مقتضيا تدخلا من السلطة التشريعية، فإن رئيس الجمهورية كثيرا ما يستقل بإنهائها بعد الدخول فيها، مستندا في ذلك إلى مسئوليته المباشرة عن إدارة الشئون الخارجية للدولة على ضوء ما يتلقاه من معلومات من مصادره الموثوق بها. فلا يتخذ قرارا بالدخول في المعاهدة أو بإلغائها إلا بعد تقييم الأوضاع التي تحيط بها. وعلى السلطة التشريعية بالتالي أن تقدم لرئيس الجمهورية كل دعم يقتضيه إلغاءه لمعاهدة تم إبرامها وفقا للدستور، وذلك لضمان وحدة توجه الدولة في مسائل لها خطرها، ويتعين أن يكون صوتها فيها واحدا.

وقد يقال بأن تعليق إقرار المعاهدة على موافقة السلطة التشريعية، مؤداه أن يكون تدخلها مطلوبا كذلك لإنهاء العمل بها، ولو كان رئيس الجمهورية في مركز أفضل منها في مجال تقييم الآثار المترتبة على إلغائها، خاصة إذا كان للمعاهدة قوة القانون، مما يجعل حق إلغائها عملا تشريعيا.

إلا أن التجربة العملية تدل على أن السلطة التشريعية قلما تصدر قانونا تلغي به معاهدة نافذة. غير أنها أحيانا تتخذ موقفا من معاهدة قائمة بما يوفر لرئيس الجمهورية إطارا ملائما للتدخل لإنهاء المعاهدة([1]).

([1]) اتخذ الكونجرس الأمريكي قرارا مشتركا خول رئيس الجمهورية بمقتضاه -وفي حدود سلطته التقديرية- بأن يخطر الحكومة البريطانية بإلغاء الحكومة الأمريكية لإتفاقية ١٨٢٧/٨/٦ المتعلقة بالاحتلال المشترك لهاتين الدولتين لإقليم أوريجون Oregon.

وقد تفوض السلطة التشريعية رئيس الجمهورية في أن يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها، فلا يكون موقفها من المعاهدة غير إذن بالتخلي عنها بدءا من الفترة التي حددها هذا الإخطار لانقضائها. وقد ينازع رئيس الجمهورية في دستورية تفويض صدر عن السلطة التشريعية تكلفه به التنصل من معاهدة قائمة([1]). وقد يلغى رئيس الجمهورية معاهدة قائمة بغير الرجوع إلى السلطة التشريعية أو إلى مجلس شيوخها([2]).

ولرئيس الجمهورية أن يقرر كذلك ما إذا كانت المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولا بها. ذلك أن مجرد إخلال دولة متعاقدة، بالتزاماتها الناشئة عن المعاهدة، لا يلزم غيرها من الدول المتعاقدة بالتحرر منها، بل لها أن تبقيها نافذة فى مواجهتها([3]).

وسواء كان إنهاء المعاهدة عملا يستقل به رئيس الجمهورية، أو يصدر في إطار توافق بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية، أو تنفرد به هذه السلطة -وهو أمر نادر- فإن إنهاء المعاهدة يظل من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها إذا قرر رئيس الجمهورية أن المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولا بها، رغم إخلال إحدى الدول المتعاقدة بأحكامها أو تنصلها منها. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تنازع رئيس الجمهورية في تقديره، ولا أن تفرض عليه تصورها للطريقة التي ينبغي أن يدير بها السياسة الخارجية من خلال المعاهدة الدولية التي تعتبر العنصر الحاسم في تقرير أبعادها وتطوير ملامحها. ذلك أن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون نهائيا فلا يعاق. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تتقيد به، وألا تعتد بعمل أو إجراء يعطل إنفاذ السياسة الخارجية، أو يرهقها.

([1]) كان الرئيس الأمريكي لينكولن أول رئيس أمريكي يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها معها، بغير أن يحصل على ترخيص بذلك من الكونجرس الذي صدق بعد ذلك علي قراره.

([2]) ألغى الرئيس الأمريكى كارتر المعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة وتايوان بقرار منفرد منه. وقد أثار ذلك مناقشات مطولة داخل مجلس الشيوخ. إلا أن هذا المجلس لم يقترع ضد الإلغاء المنفرد لهذه المعاهدة حتى لا يدخل فى نزاع مع رئيس الجمهورية.

([3])Charlton v. Kelly, 229, U.S. 447 (1913) at 473- 476.

وليس لولاية في تنظيم فيدرالي أن تعيد تشكيل هذه السياسة لتوافق مناهجها في تصريفها، وإلا كان ذلك اعتداء منها على السلطة المركزية التي تستقل بتقديرها وتقييمها ومراجعتها غير مقيدة في ذلك لا بدساتير الولايات الأعضاء في الاتحاد، ولا بتشريعاتها، ولا بأحكامها القضائية.

٥٠٠- ومن صور إنهاء المعاهدة، أن تنظم الدول أطرافها موضوعها من جديد بمعاهدة لاحقة، وذلك إذا بدا من المعاهدة اللاحقة، أو من دليل آخر، علي توافق الدول أطرافها علي أن تحل المعاهدة الجديدة محل القديمة، أو قام التعارض الظاهر بين نصوص المعاهدتين بحيث يستحيل توفيقهما معا([1]). ولا يخل إنهاء دولة متعاقدة لمعاهدة ترتبط بها ولا تخليها عنها أو انسحابها بها منها أو وقفها لها، بواجبها في إيفاء التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، إذا كان عليها الامتثال لها نزولا علي القواعد التي ألزمها القانون الدولي بالخضوع لها استقلالا عن المعاهدة([2]).

٥٠١- ويفترض إلغاء المعاهدة. نشوئها صحيحة وفقا لقواعد القانون الدولي. ولا كذلك أن يكون إبرامها باطلا أصلا نتيجة تهديد باستعمال القوة أو استخدامها فعلا بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة؛ وكذلك إذا كان قبول إحدى الدول للمعاهدة قد نجم عن خطأ فى واقعة، أو فى مركز كان يفترض أن يتحقق وقت إبرامها؛ إذا كان هذا الخطأ عنصرا جوهريا فى قبولها التقيد بأحكامها. وكما تبطل المعاهدة بالخطأ على النحو المتقدم، يبطلها كذلك كل غش أو تحايل أو إرشاء لممثل الدولة المتعاقدة بما يؤثر فى إرادتها، ويحملها على القبول بالمعاهدة.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن إلغاء المعاهدة يعتبر عملا إراديا وتصرفا قانونيا يصدر بالإرادة المنفردة. ولا كذلك أن تظهر أثناء سريان المعاهدة، قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق علي خلافها، A new peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be nodified only by a subsequent norm of general international law having the same character إذ يعتبر ظهور هذه القاعدة، منهيا للمعاهدة بقدر تعارضها مع أحكامها.

([1]) انظر فى ذلك المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من هذه الاتفاقية، على أن إخلال طرف فى معاهدة ثنائية إخلالا ماديا A material breach بمعاهدة قائمة، يخول الطرف الآخر إنهاءها، أو وقف العمل بها بصورة كلية أو جزئية.

([2]) انظر فى ذلك المادة ٤٣ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات.

المطلب التاسع

المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية

٥٠٢- قد تكون المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قليلة أهميتها كتلك التي تتعلق بتنظيم التجارة بين الدول بشرط التبادل، أو التي تتعلق بالخدمة البريدية فيما بينها، أو بإجراء تعديل بسيط في الحدود الإقليمية، أو بتنظيم الحماية التي تكفلها الدول المتعاقدة فيما بينها في شأن يتعلق بعلاماتها التجارية أو بحقوق مؤلفيها.

وقد ترقى المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية إلى حد النظر إليها كتنظيم جماعي يضم دولا عديدة، بما يشرع لها على نحو يعدل القواعد العرفية المعمول بها فيما بينها أو يبدلها بقواعد جديدة تنقضها، لتظهر المعاهدة الدولية في النهاية بوصفها تقنينا شاملا يحيط بالمسائل التي تتناولها ويفصل أحكامها، ويطور في مجالها من القواعد التي تقوم عليه أسرة الدول Law - making Treaty Provisions. ومن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنظم استغلال مصادر الثروة في قيعانها وقيعان المحيط، الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية.

ويظل محظورا على الدول الأعضاء في الأسرة الدولية أن تنظم مسائل بعينها تمنعها من الدخول فيها قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها Jus Cogens ومن ذلك ما ينص عليه هذا القانون من حظر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، ومن حظر الاتفاق من خلال معاهدة دولية على إتيان بعض الجرائم كجرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، كجريمة الرق، وتطهير الناس عرقيا وإبادتهم بصورة جماعية؛ وسحق آدميتهم من خلال السخرة؛ وتعذيبهم بالنظر إلى آرائهم أو معتقداتهم؛ وإخفائهم عن ذويهم وحملهم علي تجربة طبية أو علمية بغير رضائهم؛ وقهر إرادتهم لإكراههم علي الإقرار بجريمة.

٥٠٣- وأيا كان نطاق المسائل التي تتناولها المعاهدة، فإن نفاذها مؤداه أن تتقيد الدول أطرافها بأحكامها Pacta sunt servenda وأن تعمل على تطبيقها في إطار من حسن النية[1]، وبأثر مباشر. فلا تحكم المعاهدة أفعالا سابقة عليها، ولا مراكز زال وجودها قبل سريانها ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك.

---

[1] المادتان ٢٦ و٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

المطلب العاشر
الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها
في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها

٥٠٤- تنظم الدول من خلال معاهداتها الدولية، كثيرا من الشئون التـــى تعنيـــها وتتصـــل بمصالحها. ويعتبر التفاوض على المعاهدة، العملية الأكثر تعقيدا فى مجال تكوينها.

بيد أن المعاهدة لا تصل إلى غايتها بمجرد التفاوض على أحكامها، ثم إبرامها فيمــــا بيــن الدول أطرافها. وإنما تنفذ المعاهدة على الصعيد الدولي بشرط التصديق عليها من قبل الدول التــي أبرمتها. فإن لم تكن قد وقعتها، فإن المعاهدة لا تنفذ قبلها بغير الانضمام إليها.

وقد لا تصدق الدولة علي معاهدة أبرمتها، أو تتراخى فيه مدة من الزمن تطول أو تقصـر، فلا تقيدها المعاهدة حتى في النطاق الدولي. ذلك أن التصديق على المعاهدة هو الإجـــراء الــذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ. وعدولها عن التصديق عليها أو أرجاؤه، مرده إلي مصالحها التي تزنها بالقسط على ضوء أثر المعاهدة عليها، فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلا، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دساتيرها علي أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جـزءا منها.

وليس ثمة حاجز بالتالي في هذه الدول بين سريان المعاهدة على الصعيد الدولي، والتقيد بها في النطاق الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين هذين النظامين Monisme. وهي وحدة مقتضاهـــا أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قـــانون خـــاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها. ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط في غـــير الـــدول التي تفصل بين سريان المعاهدة في النطاق الدولي، وتطبيقـــها فـــي النطـــاق الداخلـــي بقـــانون Dualisme وتجعل هذا التطبيق موقوفا علي صدور ذلك القانون. وهو ما يحمل في ثناياه، كثـيرا من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية وإن كانت أصلا تنظم علائق الدول فيمـــا بينـــها، إلا أن التطور الراهن في مجال القانون الدولي، جعل من المعاهدات الدولية أداة للتقنين المتطور لقواعـد القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان، ليس فقط من خلال بيان هذه الحقوق ورصدها، وإنمـــا

كذلك عن طريق العمل على ضمانها فيما بين الدول المتعاقدة وفق آلية تحددها المعاهدة تكفل فعالية تنفيذها([1]). فلا يكون اقتضاء الأفراد لحقوقهم التي بينتها المعاهدة رهن إرادة دولهم.

ذلك أن المعاهدة التي تنظم حقوقهم وحرياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة . وإنما بالنظر إلي كونهم بشرا، وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو. فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقا هامدة. بل حقوقا نافذة تنبض الحياة فيها. وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تتذرع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سببا لتنصلها هي منها. ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها لمجرد أن بلدا آخر لا يعطيها ما تستحقها من الاهتمام، أو لا يكفلها بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها([2]) أو يرهق الحصول عليها بوسائل مختلفة؛ أهمها القواعد الإجرائية المعقدة التي يحيطها بها. خاصة وأن المفاهيم التقليدية للسيادة الإقليمية، يقيدها اليوم ما هو ملحوظ من تداخل مصالح الدول لا تصادمها، وتعاونها من خلال التفاوض لحل منازعاتها.

وإذا كانت المعاهدة هي الوسيلة المثلي التي تنظم الدول بها الإطار الملائم لعلاقاتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجبا. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغير إعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما نراه الحل الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقتين لنفاذ المعاهدة إحداهما على صعيد العلائق فيما بين الدول بعضها البعض؛ وأخراهما على صعيد العلائق فيما بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد معنيين أصلا بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وخولتهم حق الانتفاع بها. إذ لو قيل بأن لكل دولة متعاقدة أن تفسر المعاهدة بالطريقة التي تراها، وأن تعطيها المعاني التي توافق مصالحها الضيقة،

([1]) ومن أسف أن هذه الآلية لا تصل أبعادها إلى حد إلزام الدول المتعاقدة بأن تعمل على صون حقوق الإنسان التي تكفلها المعاهدة. ولكنها -وعن طريق اللجان التي تنشئها لمراقبة تطبيق هذه الحقوق- تقدم توصياتها إلي الدول المتعاقدة التي تخل بها، أو تباشر في أحسن الفروض ضغوطها عليها لتحسين وضعية حقوق الإنسان بها.

([2]) تأخذ بعض الدول كالسنغال وفرنسا، الأولي بمقتضى المادة ٩٨ من دستورها الصادر في ٢٢ يناير ٢٠٠١ والثانية بمقتضى المادة ٥٥ من دستورها، بمبدأ نفاذ المعاهدة في الداخل بشرط تنفيذها من قبل الدولة الأخرى الطرف فيها.

وأن تقرر بنفسها شروط سريان المعاهدة في إقليمها، لصار انتفاع الأفراد بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم معلقا على إرادتها، تبسط هذه الحقوق أو تقبضها وفق ظروفها الخاصة. فلا تتوافر للسلطة القضائية -وكلما ظل تنفيذ المعاهدة متراخيا على الصعيد الداخلي- المرجعية القانونية التي تعتمد عليها في إيصال الحقوق لأصحابها.

فإذا أضير الأفراد في الدول المتعاقدة من عدوان هذه الدول على تلك الحقوق، أعوزتهم الوسائل القانونية التي يردون بها هذا العدوان، فلا يحصلون على الترضية القضائية اللازمة لجبره Judicial releif. بما مؤداه أن الوسائل القضائية وحدها هي التي تكفل قانونا فعّالية تنفيذ المعاهدة. ذلك أن المحاكم هي التي تعطيها تفسيرا يوافق موضوعها وأهدافها، ويستخلص معانيها من دلالة ألفاظها في سياقها، وبما لا يخل بحسن النية في مجال تطبيق المعاهدة.

وكان منطقيا بالتالي أن تحرص المواثيق الدولية على حفز الدول أطرافها على اتخاذ كافة التدابير الملائمة التي تدخل بها هذه المواثيق حيز التنفيذ في كافة الأقاليم المشمولة بولايتها. ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الدولية التي تكفل حماية الأفراد من كافة الأفعال المفضية إلي تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة مهينة أو قاسية أو مجردة من الخصائص الإنسانية. ذلك أن هذه الفقرة تدعو الدول المعتبرة أطرافا فى هذه الاتفاقية إلي أن تعمل من خلال كافة التدابير -تشريعيا وإداريا وقضائيا- على تحقيق الأغراض التي تستهدفها المعاهدة في أقاليمها. وعملا بالفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، تتعهد كل من الدول المعتبرة طرفا في هذا العهد، بأن تتخذ من جانبها -وسواء من خلال جهودها الذاتية أو عن طريق تعاون دولي، وفي حدود أقصى الموارد المتاحة لها- كافة التدابير التي تكفل بصورة مطردة، المباشرة الكاملة لهذه الحقوق بما في ذلك -وعلى الأخص- التدابير التشريعية.

وظاهر من هذه النصوص وما شابهها أنها تحرص على نقل المعاهدة الدولية من النطاق الدولي إلى النطاق الداخلي، وذلك بإلزامها الدول المتعاقدة بأن تعمل في حدود أقصى قدراتها، على اتخاذ كافة التدابير المحققة لهذا الغرض، بما في ذلك ما يكون منها من طبيعة تشريعية. والتركيز على الطبيعة التشريعية لهذه التدابير موجه بالضرورة إلى الدول التي تعلق نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي على صدور قانون خاص يدمجها في نظمها الوطنية ويجعلها جزءا من تشريعاتها الداخلية.

٥٠٥- ويتعين أن يلاحظ في هذا الشأن أمران: أولهما: أن نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي، يكفل وحدة ضوابط تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها، وبمراعاة الغرض المقصود منها. ثانيهما: أن الطبيعة الأممية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية لها. ولن تؤتي هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال كافة الوسائل الداخلية التي تملكها. ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها([1]) وإنما تكمن قيمة الحقوق في طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

ولا يجوز بالتالى للدول الأعضاء في الأسرة الدولية، أن تعطيها مفاهيم تزيد بها من دائرة نفوذها، لتمنحها مركزا تفضيليا تعلو به على مواطنيها. وإذا كانت المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضمانها؛ إلا أن الحماية الأفضل لهذه الحقوق، هي التي تقدمها السلطة القضائية. ذلك أن أحكامها تتمتع بخاصية التنفيذ جبرا على من يجحدون قوتها. وتأتي المحكمة الدستورية العليا في مصر على قمة نظمها القضائية التي توفر لحقوق الأفراد وحرياتهم، أكثر ضماناتها حسما وقوة. ذلك أن هذه المحكمة تميز في نطاق المعاهدة الدولية بين أمرين:

أولهما: مسائل تتعلق بالمعاهدة ولا يجوز الفصل قضائيا فيها، كتلك التي تتعلق بالتفاوض عليها وإبرامها والتصديق عليها والانضمام لها وإلغائها، على تقدير أن هذه المسائل جميعها تعتبر من المسائل السياسية لصلتها المباشرة بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقاتها الخارجية.

وهي علائق احتجز الدستور لها الحق في تنظيمها. بل إنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الدخول في المعاهدة معلقا على موافقة السلطة التشريعية؛ فإن إلغاءها لا يكون كذلك. وكثيرا ما توفر السلطة التشريعية بنفسها للسلطة التنفيذية الإطار الملائم لإلغاء معاهدة قائمة.

ثانيهما: مسائل تتعلق بكافة الحقوق التي تولدها المعاهدة لأطرافها -ولمواطنيها من خلال دولهم- وهذه تخضعها المحكمة الدستورية العليا لرقابتها للتحقق من تطابق المعاهدة والدستور في كافة أحكامه. وتباشر المحكمة رقابتها هذه من خلال التحقق أولا من استيفاء المعاهدة للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كتلك المتعلقة بإبرامها وبالتصديق عليها وبنشرها في الجريدة الرسمية. ذلك أن المعاهدة لا تتمتع بقوة القانون بغير استيفاء هذه الشروط الشكلية جميعها. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من الدستور.

([1]) قديما قال الخليفة العادل عمر بن الخطاب "لا تكلم بحق لا نفاذ له".

ولا يجوز بالتالي تطبيق معاهدة في النطاق الداخلي لجمهورية مصر العربية إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو صدق عليها، ولكنها لم تنشر بكافة تفصيلاتها حتى يلم بها القاضي ويتولى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير مقيد في ذلك بوجهه نظر وزارة الخارجية في شأن دلالتها، وإن جاز أن يستأنس برأيها ويوليه ما يستحق من الاعتبار. وتظل المعاهدة المستوفية للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، هي أداة تقرير الحقوق التي أنشأتها.

٥٠٦- وهذه الحقوق هي التي تفصل المحكمة الدستورية العليا في اتفاقها أو مخالفتها للدستور، مستعينة في ذلك بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن حقوق الأفراد التي كفلتها المعاهدة لهم بوصفهم بشرا، إما أن يكون الدستور قد نص عليها؛ وإما أن يكون الدستور قد خلا من تنظيمها.

أ- فإذا كان لحقوقهم في المعاهدة ما يقابلها من الحقوق المنصوص عليها في الدستور -كتنظيم المعاهدة والدستور معا لحرية التعبير مثلا- تعين الفصل في دستورية الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة وفق معايير تطبيقها في الدول الديموقراطية الأكثر تقدما.

فإذا كانت مستوياتها فى المعاهدة أقل، أو كانت القيود عليها فى المعاهدة أكبر من تلك التي تأخذ بها هذه الدول وتطبقها في العمل فيما بينها، وتتخذها قاعدة لسلوكها؛ تعين إبطال المعاهدة.

ب- أما إذا كانت حقوق الأفراد الإنسانية المنصوص عليها في المعاهدة، لا مقابل لها في الدستور. تعين أن تعمل المحكمة الدستورية على إيجاد صلة بين الحقوق المقررة بالمعاهدة وتلك المنصوص عليها بالدستور. ويقع ذلك بوسيلتين:

<u>أولاهما</u>: أن ترد المحكمة فروع المسائل المنصوص عليها في المعاهدة إلي أصلها المقرر بالدستور، ثم تقيسها على هذا الأصل فصلا في دستوريتها.

فإذا كانت المعاهدة مثلا تحظر إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه، أو تمنع تعذيبه، أو ناهية عن حمله بالإكراه على الإقرار بجريمة؛ فإن أحكام المعاهدة في هذا الشأن تتفرع جميعها عن الحق في الحياة. فإذا كان الحق في الحياة مكفولا بنص الدستور، ولا مقابل

لهذه الفروع فيه، تعين تفسيرها وحملها على أصل الحق في الحياة، فلا يكون لتلك الفروع غير معانيها المنسوبة إلى هذا الأصل.

ثانيهما: وعلى نقيض الفرض السابق، فإن المعاهدة، قد لا تحيط بفروع المسائل التى فصلها الدستور، ولكنها تتناول أصل الحق فيها، كأن تكفل المعاهدة للمخاطبين بها، الحق في حماية خواص حياتهم حتى لا ينتهكها أحد.

فإذا كان الدستور ينظم هذه الفروع، ولا يعرض لأصل الحق فيها، كما لو كفل الدستور فقط حرمة الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية، أو منع تفتيش الأشخاص أو أمتعتهم أو أماكن أقامتهم بغير إذن قضائي؛ وجميعها فروع لأصل الحق فى الحياة الخاصة الذى لم يعرض له الدستور([1])؛ فإن فروع المسائل المنصوص عليها في الدستور، ترد إلي أصولها في المواثيق الدولية، وإلى صور تطبيق هذه الأصول في الدول الديموقراطية الأكثر تقدما، لتتحدد على ضوء مناهجها فى العمل، والضوابط التى التزمتها فى سلوكها؛ دستورية أحكام المعاهدة.

٢. يبقى بعد هذا فرض أخير، هو أن يتعذر ربط حقوق الأفراد المنصوص عليها في المعاهدة -سواء في أصولها أو فروعها- بالحقوق المنصوص عليها في الدستور، كما لو كانت المعاهدة تعطى المرأة الحق الكامل في إجهاض نفسها خلال فترة حملها، وأيا كان زمن الحمل، بل ولو لم تكن حماية صحتها تقتضيه.

وفى هذه الحالة تتحدد دستورية النص الوارد في المعاهدة، على ضوء مبدأ خضوع الدولة للقانون.

ويفترض هذا المبدأ خضوع الدولة بكافة تنظيماتها لقاعدة قانونية تسمو عليها وتقيدها، لا لأنها هي التي صنعتها، وإنما لأن القيم العليا تقتضيها، حتى لا تكون السلطة امتيازا لأحد يباشرها بالطريقة التي يراها؛ وبمراعاة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مبدأ شديد الاتساع، يلزمها بأن تعمل وفق ما يراه الناس في مجموعهم حقا وعدلا. فلا يكون العقل الجمعي غير إطار لتحديد مفهوم مبدأ الخضوع للقانون.

([1]) كذلك قد لا ينص الدستور على ضمان حرية التعبير التى كفلتها المعاهدة. وإنما يكتفى بحظر مصادرة الصحف والمجلات على اختلافها ومنع مصادرتها بالطريق الإدارى فإن هذا الحظر والمنع يكونان من فروع حرية التعبير التى خلا الدستور من النص عليها ولكن المعاهدة كفلتها.

المبحث الثالث

ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٥٠٧- وقضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على تطبيق المفاهيم الآتية في شأن الفصل في دستورية المعاهدة.

أولا: أن حق التقاضي مكفول لكل فرد وطنيا كان أم أجنبيا. وهو حق لا يقتصر علي النفاذ إلى محكمة أيا كان تشكيلها أو ضماناتها، وإنما إلى محكمة تكون هي القاضي الطبيعي للنزاع المعروض عليها.

ثانيا: أن الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة -وعلى ضوء نظمها- يجوز لهم حمايتها بكافة الوسائل التي أتاحها الدستور للمواطنين، وأهمها النفاذ إلي محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها،كافية لضمان محاكمة منصفة في كافة المراحل التي يستغرقها الفصل في النزاع.

ثالثا: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويخل بتكاملها، إلا بشرطين:

أولهما: ألا تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدل علي أن الدول المتعاقدة، قصدت إلي تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلا غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المتبقية من المعاهدة -بعد فصل بعض أجزائها عنها إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل- مجافيا للعدالة.

رابعا: أن الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبعد بصفة مطلقة، كافة العوامل السياسية التي تحيط بها. ذلك أن هذه العوامل تؤثر في العلائق المباشرة وغير المباشرة فيما بين الدول بعضها البعض. ويتعين أن توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها، فلا تصد آذانها أو تغض بصرها عنها.

خامسا: أن كل تسوية ودية تكفلها معاهدة دولية للتعويض عن أعمال أتتها دولة متعاقدة في مواجهة مواطني دولة أخرى متعاقدة، يتعين النظر في دستوريتها على ضوء عدالتها وإمكان

تنفيذها جبرا. وكلما كان التعويض المقرر بالمعاهدة، عن نزع ملكيتهم، أو تأميم بعض أموالهم، أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها، غير عادل؛ تعين إبطال المعاهدة في أحكامها المتعلقة بمقدار التعويض الممنوح لهم. ذلك أن الدستور يكفل حرمة الملكية الخاصة، ويمنع نزعها بغير تعويض عادل، ولا يجيز كذلك تأميم مشروع خاص بغير تعويض لا يكون متحيفا، وإن لم يكن بالضرورة كاملا.

سادسا: أن انضمام مصر إلي معاهدة دولية قائمة، يأخذ حكم التصديق عليها. ذلك أن التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة التقيد بها. وهو يقترن غالبا بتبادل إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عينتها المعاهدة؛ ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين تبادلتاه في مواجهة بعضهما البعض.

وبذلك يغاير التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أن الانضمام إلى المعاهدة([1]) إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفا في معاهدة وقعتها فعلا دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ. بما مؤداه، أن انضمام مصر إلي معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها([2])، يقيدها بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. شأن المعاهدة التي تصدق مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلي القانون الداخلي بمجرد نشرها فى الجريدة الرسمية.

سابعا: أن قائمة الحقوق المنصوص عليها فى الدستور، غير منحصرة في الحقوق التى نص الدستور عليها صراحة La liste close. ولكنها تمتد طولا وعرضا لتتحول إلى قائمة مفتوحة La liste ouverte من خلال اجتهاد المحكمة الدستورية العليا التى تطور من مضامين الحقوق المقررة فى الدستور، وتزيد عليها حقوقا أخرى لا نص عليها فيه، كالحق فى التنمية. وهى تربط الحقوق الجديدة التى تضيفها إلى الدستور، بالحقوق القائمة فيه حتى لا يقال بأنها تعيد كتابة الدستور Rewriting the Constilution. ويتحقق هذا الربط من خلال علاقة منطقية تقيمها

([1]) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي في عام ١٩٢٩ في شأن The Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Qder., Ser. A, No. 23, P.20

([2]) تنص هذه الشروط علي ألا تدخل المعاهدة مرحلة التنفيذ إلا بعد التوقيع أو التصديق عليها من عدد محدد من الدول تعينه المعاهدة Lord McNair, The Law of Treaties. Oxford 1961 , PP.148 – 150.

بين الحقوق الجديدة والحقوق القديمة. ومن ذلك اجتهادها بأن الحق فى التنمية، يرتبط بالحق فى الحياة، وبالحق فى العمل وفى ضمان الوسائل الملائمة للعيش.

ثامنا: فيما عدا المعاهدات الدولية التى تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية، على وجوب موافقة السلطة التشريعية عليها قبل تبادل وثائق التصديق فى شأنها -وهى كل معاهدة يكون موضوعها صلحا، أو تحالفا، أو تبادلا تجاريا، أو شأنا من شئون الملاحة، أو تعديلا فى إقليم الدولة، أو تقييدا لحقوق السيادة، أو تحميلا لخزانه الدولة بنفقة غير واردة فى الميزانية- فإن نفاذ غيرها من المعاهدات الدولية يتحقق بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن يقدم رئيس الجمهورية فى شأنها بيانا مناسبا إلى مجلس الشعب، وهو ما يفترض ألا يكون هذا البيان مفصلا لأحكامها.

وسواء تعلق الأمر بهذا النوع أو ذاك من المعاهدات الدولية، فإن اندماجها فى القانون الداخلى يتحقق بمجرد التصديق عليها ونشرها فى الجريدة الرسمية مع خضوعها فى مجال الرقابة الدستورية عليها للضوابط التى أسلفنا بيانها.

ولئن كان الدستور فى مصر لم يشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيد بأحكامها فى المجال الدولى؛ إلا أن لهذا الانضمام أثر التصديق تماما بلا زيادة أو نقصان. بما مؤداه أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها فى الجريدة الرسمية؛ يدمجها فى القوانين الداخلية، ويجعلها جزءاً منها لتحيل إليها المحاكم فى كل نزاع يتعلق بتطبيق هذه المعاهدة.

تاسعا: أن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية. وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا حوتها معاهدة، فإن التراخى فى التصديق عليها أو فى نشرها، يعتبر موقفا سلبيا من السلطة التنفيذية، وتخليا عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقا للدستور والقانون. بما يعوق حصول الأفراد على الحقوق التى يتلقونها من المعاهدة. وهو ما يثير مسئوليتها الدولية، ويحرك الآلية التى تكفلها المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

عاشرا: أن الأفراد وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إلزام السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية، أو بالانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حملها على نشر المعاهدة فى الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها؛ إلا أن كل معاهدة تدخل مصر فيها قد تقتضى -حتى بعد

التصديق عليها أو الانضمام لها ثم نشرها فى الجريدة الرسمية– تدخلا تشريعيا. ويتحقق ذلك فـى كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها Non Self- executing Treaties.

وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحيل إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بـــها. إذ يعتــبر تدخل المشرع عندئذ لازما لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحــو، كان ذلك موقفا سلبيا من المشرع مخالفا للدستور. ذلــك أن الرقابــة التــى تفرضــها المحكمــة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلــك التــى يقرهــا المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلــى المشرع عن تنظيم الحقوق التى كفلتها المعاهدة للمواطنيــن، إلا إغفــالا مــن جهتــه ينــاقض الدستور([1]).

([1]) Benedetto Conforti and Francesco Francioni,Enforcing Internatinal Human Rights in Domestic Courts.
International Studies in Human Rights vol.49,Martinus Nijhoff Publishers (1977).

الفصل السابع والعشرون

حدود سمو الدستور

Les Limites à La Suprematie De La Constitution

٥٠٨- يتميز الدستور بخصائص قد تتناقض فيما بينها، فهو من ناحية يتغيا ضمان تأسيس السلطة، واستقرار القواعد التي تعمل علي ضوئها؛ وهو من ناحية ثانية لا يكفل للقواعد التي تعمل السلطة في نطاقها، ثباتا يؤيدها. إذ يجيز تعديلها بالشروط المنصوص عليها فيه بما يخل بسيادة الدستور. كذلك فإن سمو الدستور يختل حين تفقد السلطة أساس مشروعيتها، فلا يكون الانقلاب علي الدستور، غير ضرورة حتمية. ونعرض لذلك في مبحثين علي التوالي.

المبحث الأول

تعديل الدستور

٥٠٩- يفترض تعديل الدستور إمكان تغيير بعض أحكامه أو تصحيحها سواء من خلال حذفها أو الإضافة إليها أو تعديلها. ويتعين لإجراء هذا التعديل، أن يحدد الدستور بصورة قاطعة الجهة التي اختصها بتعديل بعض أحكامه، وكذلك الشروط الإجرائية الخاصة التي يتم التعديل في نطاقها. ويحرص الدستور علي أن يبين في آن واحد الجهة التي يكلفها بتعديل الدستور، وكذلك حدود ولايتها. ويتم التعديل بوسائل متعددة، ليس من بينها بعض صوره التي تعتبر في حقيقتها تدليسا علي الدستور De véritable fraude à la constitution.

وتظهر ضرورة تعديل الدستور من زاويتين قانونية وسياسية. ذلك أن الدساتير تصدر عادة في إطار أوضاع سياسية واجتماعية قائمة عند العمل بها.

بيد أن هذه الأوضاع تقبل التطور بطبيعتها، وبالضرورة. إذ لا يتصور استقرارها علي حال واحدة لا تبديل فيها. ومن الناحية القانونية فإن الدستور إذا كان مرنا جاز تعديله وفق القواعد ذاتها التي تتولي بها السلطة التشريعية تعديل قوانينها.

وفي هذا الفرض، لا تتحقق السيادة للدستور فوق القانون، إذ هما نظيران في مرتبتيهما. فإذا كان الدستور جامدا، فإن القول بتأبيد أحكامه يناقض السيادة الشعبية التي لا يتصور أن تسقط

بنفسها حقها في تعديل الدستور، وإلا كان لجيل من المواطنين أن يقيد بقوانينه أجيالا لاحقة، وهـو ما لا يتصور([1]).

على أن حق الجماهير في تعديل الدستور، لا يعني تمتعها في إجرائه بحرية كاملـــة فـــي العمل، ولا إطلاق يدها في التعديل بما يخل بالاستقرار المرجو لعملية تأسيس السلطة وبيان حدود ولايتها.

ذلك أن الجهة التي اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، لا تباشر إلا ولاية اشتقتها مـــن السلطة الأصلية التي كان لها فضل إقرار الدستور في الصيغة التي صدر بها أصـــلا Pouvoir Constitué Orignaire. وعليها بالتالي أن تتقيد بالشروط التي فرضتها السلطة الأصلية عليـــها. وهذه القيود –التي لا تخلو الدساتير في مجموعها منها– من نوعين، وذلك بالنظر إلى تعلقها بزمن وموضوع التعديل.

المطلب الأول
القيود المتعلقة بزمن ونوع التعديل

٥١٠– تتوخى القيود المتعلقة بزمن تعديل الدستور، تأخير اللحظة التي يتم فيـــها إجـــراء التعديل. ذلك أن من غير المتصور أن يتم التعديل قبل أن تتوافر للسلطات التي أحدثها الدســـتور فرص مباشرة المهام التي ألقاها عليها، ولا أن يقع التعديل في كل مناسبة تطرأ فيها أحداث جسام أيا كان قدر حدتها.

وكان منطقيا بالتالي أن تحيط بعض القيود بزمن تعديل الدستور. وهي قيود من نوعيـــن: أولهما: حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل انقضاء فترة زمنية يحددها الدســـتور.

([1]) يأخذ هذه الحقيقة الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٩٣ بقوله: "للشعب دائما الحق في أن يعيـــد النظـــر فـــي الدستور، وفي أن يغيره، وأن يطوره. ذلك أن جيلا من الناس. لا يجوز أن يقيد بتشريعاته أجيالا لاحقة.

وخطر هذا النوع من القيود يتمثل فما يؤول إليه من تجميد الدستور قبل انقضاء تلك الفترة، ولـو قام مسوغ يقتضي تعديل الدستور([1]).

ثانيهما: أن تفصل بين اللحظة التي ينعقد فيها العزم علي تعديل الدستور، واللحظة التي يتم فيها بالفعل؛ فترة زمنية طويلة تكون كافية لتدبر أمر التعديل، والنظر فيه من كافة جوانبه.

وتدل الخبرة العملية وحقائق التاريخ، عن أن ما تنص عليه بعض الدساتير من عدم جـواز تعديلها قبل فترة زمنية معينة، كان مصادما لحقائق التطور ومقتضياتها، ولم تفلـح مثـل هـذه النصوص في منع تعديل الدستور قبل انقضاء الفترة التي ضربتها.

ومن أمثلة النوع الأول من القيود، تلك التي تنص عليها المادة ٥ من الدسـتور الأمريكـي التي تحظر إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨، إذا كان من شأن هذا التعديل المسـاس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى. كذلك لم يجـز الدسـتور البرتغـالي الصادر في ٢ أبريل ١٩٧٦ تعديل أحكامه قبل انقضاء الخمس سنين الأولى علي العمل به.

ومثال النوع الثاني من القيود ما تنص عليه المادة١٨٩ من دستور مصـر مـن أن تنـاقش السلطة التشريعية مبدأ تعديل الدستور وتصدر قرارها في شأنه بأغلبية أعضائها. فإذا كان قرارها برفض طلب تعديل الدستور، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هـذا الرفض. فإذا كان قرار السلطة التشريعية بالموافقة على مبدأ التعديل، فلا يجوز أن تناقش المـواد المطلوب تعديلها، قبل شهرين من تاريخ هذه الموافقة.

([1]) تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي علي أن للكونجرس -وبموافقة أغلبية ثلثي كل من مجلسـيه- أن يقترح تعديل الدستور. ويجوز كذلك تعديل الدستور بناء علي طلب من ثلثي المجالس التشـريعية للولايـات. وفي هذه الحالة يدعو الكونجرس إلى عقد مؤتمر لاقتراح التعديل. ويعتبر التعديل قد أقر وصار جـزءا مـن الدستور -في أي من هاتين الحالتين- إذا اعتمدته ثلاثة أرباع المجالس التشريعية في الولايات، أو من خـلال مؤتمرات تعقد في الولايات وتقر التعديل بالأغلبية ذاتها، وبشرط ألا يتم إجراء أي تعديل في الدسـتور قبـل عام ١٨٠٨ إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

المطلب الثاني
القيود المتعلقة بموضوع التعديل

٥١١- وأيا كان شأن القيود المتعلقة بزمن تعديل الدستور، فإن استقراء الدساتير المعاصرة يدل على زوالها بصورة مطردة لأمرين:

أولهما: أن هذه القيود لم تحقق الأغراض المقصودة منها، بل كان لها نتائج سلبية على تطوير الدستور ليصمد للأوضاع المتغيرة فى الجماعة.

ثانيهما: أن إيلاء الاعتبار للدستور القائم، لا يتحقق بالضرورة من خلال الحواجز الدستورية، خاصة بعد أن دل العمل بين الدول، على أن القيود التى تحظر تعديل مواد بذاتها فى الدستور، هى التى لا تزال باقية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لسنة ١٩٥٨ من حظر إجراء أى تعديل فى الدستور يخل بتكامل الإقليم أو بالشكل الجمهوري للحكومة([1]). ومن حظر دستور مصر لعام ١٩٢٣، تعديل نظام توارث العرش.

كذلك تنص الفقرة/٣ من المادة ٧٩ من الدستور الألمانى على حظر كل تعديل لهذا الدستور يخل بالتقسيم الفيدرالى للدولة أو يؤثر فى إسهام مقاطعاتها فى العملية التشريعية، أو ينال من الحقوق المنصوص عليها فى المواد من ١ إلى ٢٠ من الدستور.

ويدور حظر تعديل بعض مواد الدستور -وفى الأعم من الأحوال- حول ضمان بقاء شكل الدولة والطبيعة السياسية لنظامها. ويتوخى هذا الحظر صون روح الدستور من خلال الإبقاء على بعض مواده عصية على التعديل. إلا أن الفقهاء كثيرا ما يشككون فى قيمة هذه المواد، ويرونها مناقضة لحقيقة أن نصوص الدستور تتكافأ فيما بينها، وأن تقرير مراكز فضلى لبعضها على بعض، يناقض هذه الحقيقية.

([1]) أضيف حظر تغيير شكل الحكومة الجمهورى بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى فرنسا فى ١٨٨٤/٨/١٤، إلى المادة ٨ من القانون الدستورى المعمول به فى ١٨٧٥/٢/٢٥. ورددت هذا الحظر بعد ذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ ثم تلتها المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨. ويوجد هذا الحظر كذلك فى المادة (١١٠) من الدستور اليونانى الصادر فى ١١ يونيه ١٩٧٥.

المطلب الثالث

التدليس على الدستور

La fraude à la Consstitution

٥١٢- ويظل ثابتا أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواده. ذلك أن تعديل الدستور غير الانقضاض على أحكامه جميعها وإبدالها بغيرها. وإنما يتعلق التعديل بمواد بذواتها لم تعد موائمة لعصرها. ولا كذلك إبدال الدستور القائم بغيره إذ تتولاه الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولاه جهة أولاها الدستور اختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتالى بأن كل تعديل للدستور يتناول مواده كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحا بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التى اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق فى تعديل الدستور يفترض أن ينحصر فى نقاط فيه بعينها قام الدليل على مجافاتها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء كافة أحكامه. كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور فى كل أجزائه صار عقيماً ونبتا بغير ثمار. وهو تصور لا يتعلق بدستور صار معيبا فى بعض جوانبه، وإنما بدستور صار سيئًا بكل مشتملاته. وليس ذلك تعديلا للدستور. يؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخىٰ فى حقيقة الأمر، أو على الأقل فى الأعم من الأحوال، غير إبدال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها تحل محلها وتقوم على أنقاضها. وليس ذلك غير انحراف من الجهة التى اختصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التى منحها إياها، ومجاوزتها بالتالى الأغراض التى يفترض أن تعمل على تحقيقها، والتى تتمثل فى مقابلة بعض نصوص الدستور بالأوضاع الجديدة القائمة فى الجماعة، وتقويمها بما يكفل تعايشها مع هذه الأوضاع.

وليس تحول الجهة التى اختصها الدستور بالتعديل، عن غرضها الأصيل في مواءمة بعض أحكامه مع حقائق جديدة تلفظ الأوضاع القديمة، غير تدليس على الدستور La Fraude à la constitution.

كذلك فإن تحلل هذه الجهة من القيود الإجرائية التى فرضها الدستور عليها فى مجال تعديل الدستور، يمثل انقلابا من جهتها على سند ولايتها.

المبحث الثاني
الثورة على الدستور والثورة على الثورة

٥١٣- لا تعتبر الثورة انقلابا على الدستور ما لم تحدث تغييرا شاملا ونهائيا فى الأوضاع القائمة. وهى تلغى الدستور القائم إلغاء واقعيا De facto ولو لم يصدر عنها إعلان بذلك. بل إنها تنقض على كافة النظم السابقة عليها بوصفها نظما تناقض الثورة فى أهدافها وتوجهاتها. فلا نكون أمام منظومة دستورية أو قانونية تصدر الثورة عنها، وتعمل فى ظلها. وإنما تكون الثورة نتاج القوة وحدها وثمرة عواصفها. ويظل بالإمكان دائما أن تعمل الثورة فى إطار القانون من خلال النظم القانونية التى تنشئها.

ويتعين فى هذا المقام التمييز بين ثورة تناقض الحرية ومفاهيم القانون، فلا يكون لها من وجود فى إطار الشرعية الدستورية كالثورة الماركسية؛ وبين ثورة تعايش الآمال الوطنية وتعمل من أجل تحرير الجماهير من الاستغلال لضمان آفاق جديدة للحرية. وتكتسى هذه الثورة بالشرعية الدستورية من خلال صونها حقوق المواطنين وحرياتهم، وضمان رخائهم العام.

ومن ثم تعتبر الثورة انقلابا علي أحكام الدستور جمعيها، فلا تبقي شيئا منها. ولا يقوم الثوار بها كجزاء يردع السلطة القائمة عن انحرافها، أو بقصد تقويم أخطائها وردها إلى صوابها؛ و إنما تتوخى الثورة نقض الأوضاع القائمة، وإبدالها بنظم جديدة تصور مفهومها للتغيير. وقلما تكون النظم الجديدة مدنية بطبيعتها.

فإذا لم توفق الثورة أوضاعها مع المفاهيم والقيم الدستورية، وظل نشاطها ومناهجها في العمل تعبيرا عن توحشها من خلال السلطة التي تستبد بها، وبنقضها ما توقعه المواطنون منها؛ فإن طاعتها لا تكون واجبا عليهم، وإنما يكون لجموعهم الحق في عصيانها والتمرد عليها Le droit de resistance à l'opression لضمان حقوقهم التي تكفلها النظم الديموقراطية. وتلك هى الثورة على الثورة([1]).

([1]) انظر فى ذلك مؤلف لأربعة من الفقهاء الفرنسين:

Charles Debbasch; Jean – Marie Ponltier; Jacques Bourdon; Jean Claude Ricci. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et conrrigée, pp. 90-96.

الفصل الثامن والعشرون
الرقابة القضائية على دستوريه القوانين المكملة للدستور

٥١٤- لم تشر الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ إلى القوانين المكملة للدستور. ولكن دستور ١٩٧١ نص عليها في المادة ١٩٥، وجعل وجوب أخذ رأى مجلس الشورى في شأن هذه القوانين شكلية جديدة أضافها إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين بوجه عام، والتي يجب استيفاؤها، وإلا انعدم وجود القانون الذى أهملها لتخلف خصائص القواعد القانونية فيه منذ ميلاده.

المبحث الأول
الشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور

٥١٥- تتعلق الشكلية في النصوص القانونية أصلا باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها أثناء انعقاد السلطة التشريعية. وكذلك باختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو في حال غيابها، وفقا للمادتين ١٠٨ و١٤٧ من الدستور.

٥١٦- والشكلية في كل صورها وتطبيقاتها، شرط لوجود النصوص القانونية.فإن لم تستوفها هذه النصوص، زال كيانها القانوني، ولم يعد لها بالتالي خصائص القواعد القانونية المجردة التي يجوز تطبيقها، وإنما تعامل كأوراق جفت منها دماء الحياة، فلا قيمة لها. ولا يجوز بعدئذ تنفيذها، ولو كان مضمونها يوافق الدستور من كل الوجوه. ذلك أن افتقار النصوص القانونية إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيها -بما في ذلك الشكلية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور- يعدمها منذ إقرارها. والعدم لا تدرج فيه. وهو نقيض الوجود.

٥١٧- ولم تكن الشكلية الإضافية التي تطلبها الدستور في القوانين المكملة للدستور -والتي تتمثل في وجوب عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل أن يناقشها مجلس الشعب- مجرد إملاء عقيم من الدستور. ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق بغير المسائل التي يحيل الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده، أو وفق الأوضاع التي بينها، بشرط أن تكون هذه المسائل ذاتها -في طبيعتها وخصائصها- من نوع المسائل التي تدرجها الدساتير عادة في صلبها، وتألفها في عموم تطبيقاتها.

٥١٨- وهذان الشرطان اللذان يحيلان فى تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، إلى مسائل لها من أهميتها ما جعل الدستور يقتضى تنظيما بقانون أو فى حدوده أو وفق الأوضاع التى ينص عليها -وهذا هو المعيار الشكلى فى القوانين المكملة للدستور- ولها كذلك من طبيعتها ما يجعل المسائل التى تنظمها هذه القوانين، وثيقة الاتصال بقواعد الدستور لتكملها -وهذا المعيار الموضوعى فى القوانين المكملة للدستور- هذان الشرطان هما من خلق المحكمة الدستورية العليا، وساقها إليهما اجتهادها الخاص، بالرغم من غموض عبارة "القوانين المكملة للدستور، وخلو الأعمال التحضيرية للدستور مما يحدد معناها. بيد أن هذا الغموض وذلك الخلو، لم يقعدها عن أن تقرر بحكمها الصادر فى ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الحقائق الآتى بيانها:

أولا: أن نص المادة ١٩٥ من الدستور مؤداه أن يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا فى المسائل التى حددتها هذه المادة حصرا -والتى يندرج تحتها كل مشروع قانون مكمل للدستور- بالنظر إلى أهميتها، ولأن ما يجمعها هو حيوية المصالح المرتبطة بها. وهى مصالح يتعين وزنها على ضوء نظرة تحليلية تحيط بها، فلا يكون النظر فيها قائما على اندفاع التعجل، ولا مشوبا بقصور فى الرؤية الشاملة لأبعادها. وهما عيبان يفترضان انتفاءهما فى مجلس الشورى الأكثر خبرة وأحد بصرا من مجلس الشعب، والأقدر كذلك على أن ينبهه إلى الآثار الواقعية والقانونية التى تحيط بكل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، فلا ينفرد مجلس الشعب بالحكم عليها، وإنما يكون تقييمها عملا مشتركا بين هذين المجلسين([1]).

ثانيا: أن عرض كل مشروع قانون مكمل للدستور على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، شكلية جوهرية لا مناص منها، ولا يجوز بالتالى إهمالها. فإذا أقر مجلس الشعب قانونا قبل استيفاء هذه الشكلية، بطل هذا القانون منذ إقراره، بعد أن لم يعد وعاء لقواعد قانونية اكتمل تكوينها([2]).

([1]) لا يتقيد مجلس الشورى، برأى هذا المجلس فى المسائل المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ من الدستور. وإنما يجوز أن يطرحها، وأن يقرر على خلافها شأن آراء مجلس الشورى فى ذلك شأن كل الآراء الاستشارية التى لا إلزام فيها.

([2]) من المفترض أن يدلى مجلس الشورى برأيه فى كل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، قبل أن يناقشه مجلس الشعب. ومن ثم يكون إبداء الرأى سابقا على هذه المناقشة فلا يعاصرها أو يأتى بعدها.

ثالثا: أن تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، يبين لكل من مجلسى الشعب والشورى حدود الولاية التى يختص بها وفقا للدستور، فلا تتداخل الولايتان أو تتبهم الفواصل بينهما.

رابعا: أن عبارة "القوانين المكملة للدستور" تحمل فى أعطافها عناصر تحديدها من خلال شرطين يتعين اجتماعهما معا، حتى يصح اعتبار قانون مكمل للدستور.

أولهما: أن يكون الدستور قد نص ابتداء في موضوع حدده، على أن يكون تنظيمه بقانون أو فى حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها. فإن هو فعل، دل ذلك على درجة الأهمية التي بلغها هذا الموضوع.

ثانيهما: أن الشرط الأول وإن كان مطلوبا وجوبا للفصل في كل نزاع يتعلق بما إذا كان القانون يعد أو لا يعتبر مكملا للدستور؛ إلا أن هذا الشرط ليس كافيا. بل يتعين لاعتبار القانون كذلك، إضافة شرط آخر إلى الشرط الأول مؤداه أن تكون المسائل التى أحال الدستور فى تنظيمها إلى قانون أو فى حدوده أو وفق الأوضاع التى بينها، لها كذلك من طبيعتها ما يلحقها بالقواعد التى تحتضنها الدساتير عادة فى صلبها، فلا تنافيها(¹).

٥١٩- تلك هى القوانين المكملة للدستور التى لا تعتبر كذلك إلا باجتماع الشرطين المتقدم بيانهما فيها، والقائمين على مزاوجة بين عناصر شكلية وموضوعية. فلا يكون القانون مكملا للدستور بواحد منهما دون الآخر.

(¹) انظر فى ذلك القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢٢ -ص ٢٩٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من بين القواعد الكلية التي تتضمنها الوثائق الدستورية -وعلى ما جاء بالحكم السابق- موضوع استقلال السلطة القضائية. ولا كذلك القانون الذي يصدر طبقا لنص المادة ١٤٥ من الدستور التي حدد بها أحوال الفصل بغير الطريق التأديبي؛ ولا القانون الصادر في شأن العفو الشامل إعمالا لنص المادة ١٤٩ من الدستور، أو القانون الصادر في شأن التعبئة العامة وفقا لنص المادة ١٨١من الدستور. وهذه الأمثلة جميعها، ضربتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

وقد رددت المحكمة الدستورية العليا هذين المعيارين المتطلبين فى القوانين المكملة للدستور، وذلك بحكمها الصادر فى ٣ يونيه ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٧٠- المنشور فى ص ٥٨٢ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

وفيما عدا الشكلية الإضافية التى تتطلبها المادة ١٩٥ من الدستور فى القوانين المكملة للدستور، فإن هذه القوانين تأخذ فى كل أحوالها حكم القوانين التى يقرها البرلمان، لتكون لها قوتها. ومن ثم تساويها فى مرتبتها، فلا تدخل فى منطقة وسطى بين القانون فى عموم معناه، وبين الدستور. وشأن هذه الشكلية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور شأن كل شكلية غيرها -أيا كان موقعها- يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية. ذلك أن وجود هذه النصوص ينهار بتخلفها. ولا يجوز بالتالى فى مجال تطبيق كافة الأشكال التى فرضها الدستور، التمييز بين شكلية ثانوية يجوز إهمالها، وبين شكلية حتمية يكون طلبها لازما لا مندوبا. ذلك أن الشكلية فى الدستور واحدة فى أهميتها وفى درجتها. ومن شأنها بطلان كل قانون يتجاهلها بأثر يلحقها منذ اللحظة التى أقرها البرلمان فيها.

المبحث الثانى
التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين العضوية

٥٢٠- والبين من قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم البيان:

أولا: أن مفهوم القوانين المكملة للدستور، لا يطابق دائرة المسائل التى ينظمها القانون بوجه عام، وإلا كان على الدستور أن يربط الشكلية الإضافية المنصوص عليها فى المادة ١٩٥، بكل قانون يقره البرلمان، ولو لم يكن مكملا للدستور. وهو ما ينافى نص هذه المادة فى عبارتها وفحواها.

ثانيا: أن القوانين المكملة للدستور فى مصر، لا تقابل القوانين العضوية Les lois organiques فى فرنسا. ولكنهما معنيان مختلفان من كل الوجوه. ذلك أن القوانين العضوية فى فرنسا لا تعتبر كذلك بناء على خصائص تتوافر فيها مثلما هو الأمر فى القوانين المكملة للدستور فى مصر، وإنما لأن وصفها على هذا النحو مصدره الدستور الفرنسى. ولو لم يكن هذا الدستور قد أطلق عليها هذا الوصف، لتعذر تمييزها عن غيرها من القوانين([1]).

ثالثا: أن القوانين العضوية ليس لها قوة القوانين العادية Les lois ordinaires ولكنها تعلوها. وتظل القوانين العضوية دائما دون الدستور فى مرتبتها لتقع فى منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية

Un rang intermediaire entre celui de la Constitution et de la loi ordinaire.

([1]) لم يكن الدستور الفرنسي لعام ١٩٨٥، هو أول دستور فرنسي يردد عبارة "القوانين العضوية" وإنما نص عليها -لأول مرة- دستورها لعام ١٨٤٨ في المادة ١١٥ منه. واعترف بها كذلك دستور الجمهورية الثالثة. ثم نص عليها دستور ١٩٤٦ في الفقرة الأولي من المادة ١٦٥ منه، وكذلك في مواده ٢/٦٦، ١/٨٩. ولكن دستور ١٩٥٨ هو الذي حدد مفهوم القوانين العضوية les lois organiques بصورة أدق، وأعطاها مكانتها المتميزة.

رابعا: لا يجوز لغير القوانين العضوية، أن تنظم المسائل التى اختصها الدستور بها وقصرها عليها. فإذا صدر بها قانون عادى، بطل هذا القانون([1]).

خامسا: لا يجوز إصدار القوانين العضوية -وعملا بنص المادة ٤٦ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨- إذ قرر المجلس الدستورى الفرنسى مخالفتها للدستور.

Les lois organiques ne peuvent être promulgées qu' aprés une declaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

وهو ما تؤكده كذلك المادة ١/٦١ من هذا الدستور التى تقضى بأن القوانين العضوية قبل إصدارها وكذلك اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها، يجب عرضها على المجلس الدستورى الفرنسى للفصل فى اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements parlementairs avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la constitution.

سادسا: أن الرقابة القضائية التى يباشرها المجلس الدستورى الفرنسى على القوانين العضوية وإن كانت رقابة وجوبية، إلا أن رئيس مجلس الوزراء هو الذى يحركها. فلا يكون إجراؤها واقعا بقوة القانون أو بصفة آلية Automatique. ولا يعنى ذلك أن رئيس مجلس الوزراء بالخيار بين عرض القوانين العضوية أو عدم عرضها على المجلس الدستورى. ذلك أن إهمال عرضها مؤداه أن لا تصدر على الإطلاق. وهو ما يجعل عرض هذه القوانين على ذلك المجلس جزءا من عناصر نظامها القانونى([2]).

([1]) ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين فرضين: بين قانون عادى يتضمن اعتداء على المجال المحجوز لقانون عضوي. وفي هذه الحالة يبطل المجلس الدستوري هذا القانون؛ وبين قانون عضوي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز للقانون العادي. وفي هذه الحالة يكتفي المجلس بإعادة ترتيب نصوص القانون العضوي، ليخرج من مجال تطبيق هذا القانون، النصوص التي يدخل تنظيمها في منطقة القانون العادي.

C.C. 86– C.C. 86- 217. D C. , 18,Sep. 1986, p. 141.

([2]) مؤدى ذلك أنه حتى لو لم تحتم القوانين العضوية فى صلبها عرضها على المجلس الدستورى إلا أن حرية رئيس مجلس الوزراء فى عرضها أو التخلى عن تقديمها إلى المجلس الدستورى الفرنسى هى حرية نظرية صرفة.

خامسا: وعلى المجلس الدستوري عند الفصل في دستورية القوانين العضوية التى تعرض عليه، أن يتحقق من أن هذه القوانين أعدت وفق القواعد الإجرائية الخاصة بها؛ وأن يستوثق كذلك من أن المسائل التي يتناولها مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، مما يجوز تنظيمها بقوانين عضوية([1])؛ وأن يستظهر فضلا عما تقدم أن مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، لا يخل في محتواه بحقوق المواطنين وحرياتهم، ولا بقواعد رزمة الدستورية ومبادئها.

les régles et principes du bloc de constitutionnalitê.

سادسا: تحكم القوانين العضوية، القواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور. وعلى ضوئها، يناقش كل مشروع أو اقتراح بقانون على التوالي في مجلسي البرلمان –الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ– من أجل الوصول إلى صيغة موحدة يقبلانها. فإذا تعذر عليهما الاتفاق على هذه الصيغة الموحدة بعد قراءتين متعاقبتين، أو بعد قراءة واحدة في كل منهما في أحوال الاستعجال التي تعلنها الحكومة؛ كان لرئيس الوزراء أن يدعو لعقد لجنة مختلطة متعادلة التمثيل من أعضاء المجلسين La comission paritaire mixte، يعهد إليها باقتراح نصوص تعرض عليهما. ولا يجوز إدخال تعديل على النصوص التي تقترحها هذه اللجنة بغير موافقة الحكومة.

فإذا تعذر على أعضاء هذه اللجنة الاتفاق على صيغة موحدة للنصوص التي تقترح إقرارها، أو تعذر الحصول على موافقة مجلسي البرلمان علي الصيغة الموحدة لهذه النصوص، كان علي الحكومة بعد قراءة جديدة واحدة لتلك النصوص من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أن تطلب من الجمعية الوطنية أن تفصل في الأمر بصفة نهائية سواء بإقرار مشروع قانون اللجنة المختلطة أو بإقرار الجمعية الوطنية لمشروعها([1]).

سابعا: وإذا كان نص المادة ٤٥ من الدستور يمثل الأصل في القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها عند نظر مجلسي البرلمان مشروع قانون أو اقتراح بقانون، وكان الامتثال لهذه القواعد واجبا كذلك في القوانين العضوية شأنها في الخضوع لها شأن القوانين العادية؛ إلا أن الدستور

([1]) يتوخي نص المادة ٤٥ من الدستور الفرنسي عدم تخويل مجلس الشيوخ حق الاعتراض على كل مشروع قانون تقره الجمعية الوطنية بما يحدث شللا للحياة البرلمانية. كذلك فإن من بين الأغراض التي تتوخاها هذه المادة؛ أن تكون الكلمة الأخيرة في شأن القبول بالنصوص القانونية أو رفضها، للجمعية الوطنية.

اختص القوانين العضوية، بقواعد إجرائية أفردها بها، هي تلك المنصوص عليها في المادة ٤٦ من الدستور.

ونتحصل هذه القواعد الإجرائية الخاصة فيما يأتي:

* أن القوانين العضوية لا تجوز مناقشتها ولا تعديلها قبل انقضاء ١٥ يوما على إيداع مشروع القانون أو الاقتراح بقانون الخاص بها.

* أن اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور، وإن كان واجبا في شأن القوانين العضوية، إلا أن الجمعية الوطنية لا يجوز لها عند اختلافها مع مجلس الشيوخ في شأن مشروع القانون أو الاقتراح بقانون المعروض عليها، أن تقر هذا المشروع أو الاقتراح في القراءة الأخيرة لهما، إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها.

* أن القوانين العضوية التي تنظم شأنا يتعلق بمجلس الشيوخ، يتعين أن يقترع مجلسا البرلمان عليها في صيغة موحدة([1])

Les lois organiques relatives au Senat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assembées

---

([1]) انظر في شرح المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي مقالة للأستاذ Pierre le Mire الأستاذ في جامعة Reims نشرت في ص ٨٩٩ وما بعدها من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La Constitution de la Republic Française [Economica]. وانظر في شرح المادة ٤٥ من هذا الدستور مقالة أخرى للأستاذ Leo Hamon الأستاذ بجامعة باريس (١) والوزير السابق، في ص ٨٨٨ وما بعدها من المؤلف السابق.

الفصل التاسع والعشرون
الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد

المبحث الأول
حرية التعاقد بوجه عام

٥٢١- حرية التعاقد فى مفهوم بعض الدساتير، من الحقوق الطبيعية A natural right التى حازها الأفراد من أجل تطوير ملكاتهم والظفر بالسعادة التى يطمحون فيها ويعملون من أجلها([1]).

وينظر إليها كثيرون على تقدير صلتها الوثيقة بحقوق الملكية، وبوجه خاص فى مجال كسبها بالعقد، وكذلك على صعيد عقود العمل التى يعرض العامل فيها قوة العمل فى سوق لشرائها([2]) وهى فرع من الحرية الشخصية التى لا تنحصر دلالتها فى تحرير الناس لأبدانهم من القيود الحسية Physical restraints التى تنال منها كالاعتقال والسجن والتحفظ فى مكان أمين، وإنما هى كذلك حق المواطنين جميعهم فى استثمار قدراتهم واستعمالها بكل الطرق القانونية، وفى العمل أينما يشاءون، وفى أن يحصلوا على قوتهم من كل المصادر التى لها وجه مشروع، وأن يدخلوا بالتالى فى كل العقود الملائمة والضرورية التى يكفلون بها مظاهر الحياة التى يطلبونها([3]).

ولم يعد جائزا على ضوء هذه المفاهيم، إجهاض حرية التعاقد، أو التدخل فيها بصورة تحكمية، ولا النظر إليها بوصفها حرية مطلقة لا قيد عليها. ذلك أن ضمان الحرية وإن اقتضى ألا تفرض عليها قيود جائرة، إلا أن الانتفاع بها لا يفترض تحصينها من القيود التى تنظمها.

ومن ثم تكون حرية التعاقد حرية موصوفة A qualified right ليس لها من نفسها ما يعصمها من القيود التى تقتضيها مصلحة الجماعة وضوابط حركتها([4]) وإن كان الأصل هو

([1]) Slaughter- House Cases, 83 U.S. (16 Wall) 63 (1873).
([2]) Coppage v. Kansas, 236 U.S 1, 14 (1915).
([3]) Allgeyer v.Louisiana, 165 U.S. 578 (1915).
([4]) Chicago, B& Q.R.R.V. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

ضمانها، وعدم جواز التدخل فيها إلا استثناء([1]) حتى يتخذ الإنسان فى الحياة الطرائق التى يختارها وأماكن وصور العمل التى يفضلها، ووسائل الرزق التى يستصوبها، وأن يعمل على تحقيق هذه الأغراض من خلال العقود التى يدخل فيها، وعلى تقدير أن حرية التعاقد هى إرادة الاختيار التى تبلور الشخصية الفردية وتشكلها فى جوهر ملامحها، وأنها تمثل من الحرية الشخصية، ومن حقوق الملكية، أبرز سماتها([2])

An elementary part of the rights of personal liberty and private property.

ويفترض فى القيود على حرية التعاقد، أنها قيود منطقية موافقة للدستور.

A presumption of reasonableness and constitutionality.

ويظل واجبا تنفيذ العقود وفق مشتملاتها، وفى إطار من حسن النية. وبقدر تعلقها بحقوق الملكية، فإن أخذها من أصحابها بغير تعويض لا يجوز، سواء كان المدين بها فردا او جهازا حكوميا.

ومما يناقض حرية التعاقد، تقرير احتكار يعطل حق الأفراد فى الدخول فى المهن التى ألفوها وتدربوا عليها، والتى يعتمدون عليها فى معاشهم. ذلك أن حد السلطة البوليسية هو معقوليتها وإنصافها. فإن لم تكن كذلك، بل كان تحكمها، وانتفاء معقوليتها وضرورتها، هو ما يتسم به موقفها من الحرية الشخصية، ومن حق الأفراد فى الدخول فى العقود الملائمة والضرورية، تعين الحكم بمجاوزة هذا التدخل حدود الدستور. وإذ تقضى الجهة القضائية بذلك، فإنها لا تحل تقديرها محل تقدير المشرع. ذلك أن كل إجراء مشروع يصدر فى إطار السلطة البوليسية التى تتوخى حماية المواطنين فى صحتهم أو غير ذلك من أوجه رخائهم العام، لا تشملها الرقابة القضائية، ولو كان القضاة لا يميلون إلى هذا الإجراء.

([1]) من بين القيود التى يجوز فرضها فى نطاق حق العمل، تنظيم العمل فى المناجم وحظر استخدام الأطفال فى المهن الخطرة، وتحديد حد أدنى للأجور، وتحديد ساعات العمل، وتقرير حق العمال فى التعويض عن إصابة العمل وحقهم فى التفاوض بصورة جماعية Collective Bargaining من أجل الحصول على شروط عمل أفضل.

([2]) Adair v.United States, 20 U.S. 161 (1908).

فإذا نقض الإجراء المتخذ، مفهوم الحرية التى ما توخى الدستور بضمانها غير تنظيمها فـى إطار من الشروط المنطقية والمنصفة التى يراها أوساط الناس كذلك، صار هذا الإجراء باطلاً.

والأصل فى العقود هو تكافؤ مصالح أطرافها ما لم يكن العقد إداريـا متضمنـا شـروطا استثنائية لا يألفها الأفراد فى عقود القانون الخاص، لتعبر الدولة من خلالـها عـن إرادة تسـيير مرفق عام وفق ما تراه ملائما من النظم؛ وإن ظل واجبا عليها ألا تلغى عقودا قائمة، ما لم يكـن الدخول فى هذه العقود منطويا على التخطيط لجريمة، أو على وجه آخر غير مشروع كـالتدخل بغير حق فى الوظيفة القضائية أو التنفيذية، أو التشريعية، أو تقييد حريـة تدفـق التجـارة دون مقتض([1]).

ويتعين دائما أن نلاحظ:

أولا: أن التدخل فى العقود من خلال السلطة البوليسية التى تتوخى تأمين المواطنيـن فـى صحتهم وسلامتهم ورخائهم العام وضمان قيمهم الخلقية، جائز كلما كان معقولا. وهو ما يؤكـده القضاء المقارن. بل إن مصلحة الدولة الاقتصادية، قد تبرر التدخل فى بعض العقود بما يكفلها.

ثانيا: وفى مجال تقييم القيود التى يجوز بوجه عام فرضها على العقود، يتعين أن ننظر إلى ما إذا كان من شأنها تحقيق غرض مشروع بوسائل منطقية. فإذا استقام أمرها على هذا النحـو، تعين القول بجوازها، ولو كان من شأنها أن تؤثر -بطريق مباشر أو غير مباشر- فـى العقـود القائمة أو تعدل بعض أحكامها.

The question is not whether the legislative action affects contracts incidentally, or directly or indirectly but whether the legislation is addressed to a legitimate end and the measures taken are reasonable and appropriate to that end

ولا كذلك أن يتدخل المشرع بصورة تعسفية فى العقود بما يهدر أو يقلـص الحقـوق التـي أنشأتها. إذ يعتبر هذا التدخل مخالفا للدستور، وباطلا. ذلك أن التدخل في العقود، لا يجوز ما لـم يكن معقولا، شأن العقود فى ذلك شأن الوسائل القانونية السليمة التى تمثل المعقولية جوهرها.

([1]) Atlantic Coast line R.Co.V.Goldsboro, 232 U.S. 548 (1914).

ثالثا: أن الطعن قضائيا فى العقود التى دخل الشخص فيها، يخول الجهة القضائية الفصل فى صحتها ثم تحديد ما إذا كان المشرع قد تدخل فيها بصورة غير منطقية، ليصير هذا التدخل غير مشروع ولو تذرع المشرع بالسلطة البوليسية التى لا يجوز استعمالها فى غير الأغراض التى رصدها الدستور عليها، والتى لا يندرج تحتها أن يتخفى المشرع وراء هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع([1])، أو لتحقيق غرض مشروع بوسائل غير منطقية. ذلك أن معقولية التدخل فى العقود يفترض أن يكون هذا التدخل جائزا. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ملائما، وواقعا فى المجال الطبيعى لمباشرة السلطة البوليسية منظورا فى تحديد مداها إلى نطاق الآثار التى رتبها التدخل فى العقود على حقوق أطرافها.

ولا يجوز بالتالى للجهة القضائية -فى مجال تقييمها للتدابير السليمة التى تتخذها السلطة البوليسية- أن تستعيض هذه الجهة عن تقدير المشرع بتقديرها، ولو كان تقديرها أفضل من وجهة نظرها([2]).

٥٢٢- وكلما تدخل المشرع بالنصوص القانونية التى أقرها لتحقيق غرض مشروع يرتبط عقلا بها، تعين أن تعامل هذه النصوص بافتراض صحتها، ولو وجد تنظيم أو تصور آخر أفضل منها، وأعمق حكمة مقارنا بها.

٥٢٣- ولئن جاز القول بأن الأصل فى السلطة البوليسية هو إطلاقها بشرط تقيدها بالضوابط التى فرضها الدستور عليها لتحقيق الأغراض التى تستهدفها، وكان ضمان حرية التعاقد لتكفل للناس جميعهم صحتهم وسكينتهم وأمنهم العام -بما فى ذلك صون أخلاقهم- مؤداه أن ضمان حرية التعاقد فى نطاق الشروط المنطقية للوسائل القانونية السليمة -ما كان منها موضوعيا أو إجرائيا- يعتبر من ضوابط الحماية التى يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، فقد تعين إبطال كل قانون يحظر على بعض المواطنين -ودون مسوغ معقول- مباشرة ما هو مشروع من صور النشاط التى يريدون الدخول فيها، ولو كانوا قد هجروها من قبل([3]).

([1]) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

([2]) Advance- Rumely Thresher Co. v. Jackson, 287 U.S. 283 (1932).

([3]) تعتبر الحقوق الناشئة عن العقد، حقوق ملكية. وكما أن الملكية لا يجوز أخذها بغير تعويض، فإن الالتزامات العقدية لا يجوز الإخلال بها بغير تعويض، سواء كانت الدولة أو الفرد طرفا فى العقد.

Lynch v. United States, 292 U.S. 571 (1934).

ذلك أن صور النشاط هذه، تقارن حقوق الملكية التي تتصل بها. بما مـــؤداه أن الوســـائل القانونية السليمة، هي التي تكون كذلك بالنظر إلي خصائصها ومكوناتها. ولا شأن لها بما يـــراه المشرع مندرجا تحتها أو واقعا في إطارها.

٥٢٤-على أن حرية التعاقد مع أهميتها لا تقبل الإطلاق، بل يجوز تقييدها بما لا ينال مـن أصل الحق فيها. فلا تنطلق هذه الحرية لتحطم كوابحها، وإنما يجوز تنظيمها. فليس ثمة حريـــة للفرد في أن يتعاقد بالطريقة التي يختارها، وبالشروط التي يرتضيها، ولو ناقض بها قيم الجماعة وثوابتها. وإنما الحرية في حقيقتها، يناسبها تجردها من القيود الجائرة علي ممارستها([1]).

Liberty implies the absence of arbitrary restraints, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of community.

وليس لأحد بالتالي أن يعتصم بحرية يدعيها ليناهض بها قيودا منطقية يفرضـــها المشـــرع عليها لضمان مصالح الجماعة في أشكالها المتجددة والمتطورة([2]). ذلك أن معقولية هـــذه القيـــود تفترض Presumption of reasonableness .

٥٢٥- ولا ينال ما تقدم، من حقيقة أن حرية التعاقد تتمحض تعبيرا عن إرادة الاختيار التي تعتبر جزءا من آدمية الفرد، فلا تنفصل عنها. ومن ثم تعتبر القيود عليها -وبالضرورة - مـــن طبيعة استثنائية، تقدر بقدر الضرورة التي أملتها. وهذه الطبيعة الاستثنائية للقيود التى يفرضـــها المشرع على حرية التعاقد مردها أن الدستور وإن كان يكفل الحرية الشخصية، ويمنـــع تقييدهـــا بغير الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية والإجرائية، إلا أن الحرية التي يصونـــها الدستور، هي التي تقع في إطار تنظيم اجتماعي يقتضي من المشرع أن يتدخل بقدر الضـــرورة وفي حدودها. وكلما كان تنظيم القانون لهذه الحرية مبررا من خلال مضمـــون المســـائل التـــي يواجهها، وعن طريق نوع المصالح التي يحميها، فإن القيود التي حد بها المشرع مـــن الحريـــة الشخصية بوجه عام، تحكم العقود كذلك بوجه خاص.

([1]) انظر فى ذلك:

Chicago, B. and Q.R.R. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

([2]) O` Gorman and Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co. 282 U.S. 251 (1931).

وهذا يعنى أن معقولية القيود التى يفرضها المشرع على العقود، تفترض.

ويجوز بالتالي أن يفرض المشرع حدا أدني من الأجور لمصلحة المرأة كـي يكفـل لـها الوسائل الضرورية لعيشها، وأن يساويها كذلك بالرجل في الأجور التي يحصل عليها، فلا يستغلها رجال الأعمال انتهازا منهم لضعفها؛ ولا يجورون على حاجتها إلي الأجـر العـادل المـوازن لجهدها. كذلك لا يجوز إنكار حق المرأة ولاحق الرجل في العمل بناء علي مجرد انضمام أيـهما إلي أية منظمة نقابية، ولا حرمان غير المنتمين إليها من هذا الحق. ذلك أن هذا الإنكار لا يجـوز أن يكون غاية تلتمسها النصوص القانونية، ولا أن تعمل لتحقيقها.

كذلك فإن فرض قيود على المرأة في مجال حرية التعاقد تزيد عـن تلـك التـي يقضيـها المشرع من الرجل في الأوضاع ذاتها التي لا تغاير في ظروفها، مؤداه أن يكون القانون الصـادر في هذا الشأن، قائما على تمييز غير مبرر ومخالفا للدستور.

٥٢٦- ولئن كان اتصال حرية التعاقد بالحرية الشخصية بوصفها جزءا من مكوناتها، مـن الأمور المقطوع بها، فإن صلتها الوثقي بالحق في الملكية لا نزاع فيها، بالنظر إلي الحقوق التـي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، وهي حقوق تنحل إلي قيم مالية يحميها الحق في الملكية الفرديـة التي تمتد إلي الحقوق جميعها الشخصية منها والعينية وإلـي حقـوق الملكيـة الأدبيـة والفنيـة والصناعية.

ويتعين بالتالي النظر إلي العقود -حال صحتها- باعتبارها من الأموال التي تشملها الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، علي أن يكون مفهوما أن حرية التعاقد، وما يتصل بها مـن الحق في الملكية، لا تعنيان تكافؤا في الثروة، ولا تقاربا في الدخول. ذلك أن الناس لا يتمـاثلون في ثرواتهم، إلا إذا كانوا يملكون مصادرها على الشيوع فيما بينهم، وبحصص متساوية.

٥٢٧- وليس للدولة في العقود التي تدخل فيها مع الأفراد مركزا تعلو به عليهم، ما لم يكن العقد إداريا في الدول التي تقيم نظاما قانونيا متميزا لهذا النوع من العقود تخرج به عـن عقـود القانون الخاص التي تتكافأ فيها مصالح أطرافها. ذلك أن الأصل فى العقود، هى امتناع تحويـر الحقوق التى تنشئها ما لم يكن ذلك بناء على اتفاق بين أطرافها أو نزولا علـى حكـم القـانون، لضمان مصلحة يتوخاها المشرع، كتلك التى تتصل بأعراض الناس وبصحتهم أو بسـلامتهم أو برخائهم العام.

وجاز بالتالى إبطال بعض العقود، كلما كان ذلك ضروريا لحماية مصلحة لـــها اعتبارهـــا، كإهدار العقود المعتبرة حلقة في الجريمة المنظمة، أو التي تتدخل بصورة غير ملائمة في الوظيفة التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو التي تقيد من تدفق التجارة([1]).

٥٢٨-علي أن التدخل في حرية التعاقد بما يقوض أسسها أو يعطل آثارهـــا؛ وإن كـــان لا يجوز تشريعيا فى غير ضرورة، إلا أن السلطة القضائية بوسعها أن تزيل آثار عقد قائم، ولو بأثر رجعي، إذا كان هذا العقد باطلا منذ ميلاده([2]).

ولها بالتالي أن تعيد المتعاقدين إلي الحالة التي كان عليها حين الدخول في العقد. ولا يعتبر ذلك منها تدخلا في حرية التعاقد، بل جزاء علي مخالفة العقد لقاعدة آمرة لا يجوز إهدارها.

ذلك أن الحماية التي يكفلها الدستور للعقود بوصفها قيما مالية، شرطها صحتها، واتفاقها في القواعد التي تقوم عليها مع الحقوق الثابتة للدولة في نطاق سلطاتها البوليســـية التـــي لا يجـــوز التفاوض عليها، كالحق في صون القيم الخلقية لمجتمعها، فلا يكون من شأن حرية التعاقد ذاتـــها، ولا لشرط الرسائل القانونية السليمة، تعطيل حق الدولة أو إعاقتها عن مباشرة سلطاتها البوليســية التي تؤمن من خلالها -وبالنصوص القانونية أحيانا- مصالح عريضة في اتساعها، خطيرة فـــي أهميتها وضرورتها لصلتها الوثقي بأمن الجماعة وصون هدوئها وراحتـــها ورخائـــها وآدابـــها ونظامها العام.

بل إن المصلحة الاقتصادية للدولة قد تبرر تدخلها في عقود قائمة، كلما كان هـــذا التدخـــل منطقيا.

٥٢٩- ويظل من حق المشرع أن يغير من أشكال الحماية التي يكفلها للعقود الســليمة، وأن يعدل بالتالى من الترضية التي أحاط بها هذه العقود كجزاء على إخلال أحد أطرافها بالتزام نشـــأ عنها؛ إلا أن شرط ذلك أن تكون الحدود الجديدة لهذه الترضية ملائمة. فإذا تدخل المشرع فيـــها على نحو يشوهها أو يقوض عناصرها؛ وبغير أن يحل محلها بديلا ملائما يكفل جبر الأضـــرار الناجمة عن الخطأ في تنفيذ العقد، كان ذلك إخلالا من المشرع بحرية التعاقد مخالفا للدستور. وهو

([1]) Tawney v. Mutual system of Maryland (1946) 186 Md 508, 47 A 2 d 372.

([2]) Central land Co. v. Laidley, 159 U.S. 103 (1895).

ما يتحقق ذلك كلما جرد المشرع المتعاقد الحريص علي إنفاذ عقده، من الوسائل العملية والفعالة التي يؤمن من خلالها، حماية العقد عن طريق إعمال بنوده.

ذلك أن حرية التعاقد، تفترض تنفيذ العقود وفق مشتملاتها وفى إطار من حسن النية، وعن طريق ترضية ملائمة يفرضها المشرع كجزاء عن الإخلال بأحكامها، بشرط أن يكون بإمكان الدائن أن يقتضيها جبرا من المدين. ولا كذلك أن يتدخل المشرع فى الترضية القائمة ليعدل من جوهر خصائصها إلى حد يصل إلى فحواها أو أضعافها إلى حد كبير وعلى الأخص إذا ربط المشرع الحصول عليها بشروط ترهقها.

ويظل دقيقا، الخط الفاصل بين الترضية الملائمة التي يجوز القبول بها، والترضية التي يعدل بها المشرع من ترضية قائمة بما يقوض الحقوق الجوهرية التي أنشأها العقد؛ وإن تعين النظر في كل حالة على حدة علي ضوء ظروفها وأوضاعها الخاصة، وبمراعاة أن الترضية الملائمة هي الكافية فى إنصافها ومعقوليتها([1]).

٥٣٠- على أن تعديل الدولة وفق ضوابط منطقية لشروط الترضية التي تجبر الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، لا يسقط عنها واجبها فى ضمان تنفيذ العقود، خاصة تلك التي تكون هي طرفا فيها([2]). ذلك أن الإخلال بها يقوض حرية التعاقد ويهدم أساسها، فلا تتكامل للعقود أجزاؤها.

بل إن تدخل المشرع فيها ليحول دون تنفيذها، يخل -دون ما ضرورة- بالحقوق القائمة لأطرافها، من جهة إهدار المشرع للحقوق المالية التى أنشأها العقد والتى عول المتعاقدون عليها في إطار النظم القانونية القائمة. ومن ثم تفترض مخالفة هذا القانون للدستور.

٥٣١- ويظل الأصل هو حظر التدخل فى العقود لتقويض بنيانها -سواء كان هذا التدخل مباشرا أو غير مباشر- ما لم يكن هذا التدخل قد تم بصورة استثنائية، ومبرر لمصلحة قاهرة يقوم

([1]) Richmond Mortg. v. Wachovia Bank, 300 U.S. 124 (1937).

([2]) لا يعتبر اسناد وظيفة إلى القائم بالعمل العام، عقدا

Dodge v. Board of Education, 302 U.S. 74 (1937).

فالذين يعينون فى وظيفة عامة لا يملكونها، لا هى، ولا الحقوق التى تتفرع عنها، ما لم تكن من الحقوق المكتسبة.

الدليل عليها، وبشرط أن تكون التدابير الواقعة فى نطاق هذا التدخل ملائمة، وأن ترتبــط عقــلا بوعاء هذه المصلحة ومتطلباتها([1]).

([1]) Home Building and laon Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

المبحث الثاني
قضاء المحكمة الدستورية العليا
في شأن حرية التعاقد[1]

٥٣٢- وترد المحكمة الدستورية العليا -في قضاء متواتر- حرية التعاقد، إلى الحرية الشخصية، وتنظر إليها باعتبارها من فروعها ونواتجها. فلا تكون إلا من فيضها، حتى لتدخل فى عموم معناها. وهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية بالنظر إلي الحقوق ترتبها العقود فيما بين أطرافها.

فضلا عن أن الحرية الشخصية -وما يتصل بها من إرادة الاختيار، وعلي ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها -تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

وفي هذا الإطار تقرر المحكمة الدستورية العليا، المبادئ الأتي بيانها:

أولا: أن ضمان الحرية الشخصية لا يقتصر علي تأمينها ضد صور العدوان على البدن، وإنما هي صمام أمن كذلك ينسحب إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائنا يحمل على ما يرضاه، بل بشرا سويا.

بيد أن حرية التعاقد هذه -التي تعتبر في القضاء المقارن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطويرا لإرادة الخلق والإبداع؛ وانحيازا لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا

---

(١) انظر في ذلك القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ -ص ٦٧١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ٦٤ ص٩٣٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩١- قاعدة رقم ٦٥ -ص ٩٥٣ من الجزء الثامن؛ وكذلك حكمها رقم ٥٩ - ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك حكمها فى القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠٠٠/٣/٤- قاعدة رقم ٦٠ -ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكامها.

لغده- يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفقا لأسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان.

فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقا موصوفا A qualified right. ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها علي مصالح ترجحها. وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردها علي كوابحها و الحدود المنطقية لممارستها، بين مروقها مما يحد من اندفاعها، وردها إلي ضوابط لا يمليها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع علي الحرية الشخصية. ذلك أن هذه الحرية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض.

ولا تفيد حرية التعاقد بالتالى، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائى فى تكوين العقود، وتحديد الآثار التى ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام.

وقد يورد المشرع فى شأن العقود -حتى ما يكون واقعا منها فى نطاق القانون الخاص- قيودا يرعى على ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى العقود، توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابيا فى عقود بذواتها محورا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا إليها من الضعفاء، مثلما هو الأمر فى عقود الإذعان والعمل. ولازال المشرع يقلص من دور الإرادة فى عقود تقرر تنظيما جماعيا ثابتا Contracts Collectifs كتلك التى تتضمن تنظيما نقابيا، بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدودا لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعا فى إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة فى نطاقها، بدواعى العدل وحقائق الصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد - محددة على ضوء هذا المفهوم- حقا مطلقا، بل موصوفا. فليس إطلاق هذه الحرية وإعفاؤها من كل قيد، بجائز قانونا، وإلا آل أمرها سرابا أو انفلاتا([1]).

([1]) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يونية ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ - حتى ٦٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وأنظر كذلك القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠- ص ٧٧٥-٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right. There is no absolute freedom to do as one wills, or to contract as one chooses.

وما تقدم مؤداه، أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائزة Arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التى تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها([1]).

ثانيا: تلك هي النظرة الكلية لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد. ولكن المحكمة لا تقعد باجتهادها عند حدود هذه النظرة الكلية، ولكنها تفصلها وتعمقها بقولها:

إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية؛ إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلي الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كتلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوقها المفتوحة؛ وكانت السلطة التشريعية وإن ساغ لها استثناء أن تتناول أنواعا من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر يكون مستندا إلىّ مصلحة مشروعة؛ إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها؛ إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها –والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام– لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها؛ ومحوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيرا عنها، ممثلا في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها([2]).

([1]) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" –جلسة ١٩٩٥/٨/٥– قاعدة رقم ٨ –ص ١٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" –جلسة ١٩٩٧/٨/٢– قاعدة رقم ٥٠ –ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثالثا: وتمضي المحكمة الدستورية العليا في بيان الآثار القانونية لحرية التعاقد ليس فقط في صلتها بالمواطنين، بل كذلك من خلال تطبيقاتها في علاقة قانونية يكون طرفها أجنبيا. وتقول في ذلك:

إن التطور الراهن لحقوق الإنسان الأساسية، جعل منها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها. فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها، ولو كان من يطلبها أجنبيا.

وصار ثابتا كذلك أن المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحدا، أن ينال من الحقوق التي تقارنها سواء بمحوها أو بإيراد قيود عليها تزيد عن تلك التي ترتضيها الدول الديمقراطية. ذلك أن الحرية الشخصية، وما يتصل بها من إرادة الاختيار -وعلي ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين الذين يملكون -فى نطاق الأعمال التى خولهم المشرع حق تصريفها- حق اختيار وكلاء عنهم يديرونها لحسابهم وفق الشروط التى يرونها أكفل لمصالحهم. فإذا حرمهم المشرع من هذا الحق، أخل بالحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة بنص المادتين ٣٢و٣٤([1]).

رابعا: وتكفل المحكمة الدستورية العليا كذلك حرية اختيار الزوج، والدخول فى علاقة زوجية يتوافق أطرافها عليها من خلال العقد. وهى تؤسس حكمها فى ذلك على الدعائم الآتى بيانها([2])

* أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، إذ هى محورها وقاعدة بنيانها. ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التى لا تكتمل الحرية الشخصية فى غيبتها، ومن بينها الحق فى الزواج لتكوين أسرة لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها.

([1]) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٣/١٨- قاعدة رقم ٣٨ -ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس.

أن الزوجين يمتزجان فى وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها. وإذ كان الزواج -فى مضمونه ومرماه- عقيدة لا تنفصم عراها، أو تهن صلابتها، وتصل روابطها فى خصوصيتها إلى حد تقديسها؛ فإن التدخل تشريعيا فى هذه العلائق للحد من فرص الاختيار التى تنشئها، لا يجوز لغير مصلحة جوهرية تسوغ بموجباتها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها.

* أن الحق فى اختيار الزوج وثيق الاتصال بخواص الحياة العائلية، ويستحيل أن يكون واقعا وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التى تتكامل بها شخصية الفرد، ويكفل من خلالها تحقيق إرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاته، ليحدد ملامح توجهاته التى يستقل بتشكيلها. ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالا بالقيم التى تقوم عليها الحرية المنظمة، وبشرط الوسائل القانونية السليمة.

* أن الدستور وإن لم ينص على الزواج كحق، إلا أن كثيرا من الحقوق التى لا نص عليها فيه، تعتبر من فيض النصوص التى قننها. وعلى ضوء هذا الاعتبار، يعتبر الحق فى اختيار الزوج، مشمولا بالحماية التى يكفلها الدستور لحرمة الحياة الخاصة، ومتصلا كذلك بحق كل شخص فى تكوين الأسرة التى يصطفيها، وأن يتخذ ولدا من خلال زواج باعتباره العلاقة الزوجية الوحيدة التى لا يوجد الولد إلا فى إطارها.

خامسا: وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بعبارة باترة، أن العقود التي يقيمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيها المشرع، ولو عارضتها مصلحة أيا كان وزنها([1]).

سادسا: وتعرض المحكمة الدستورية العليا لحرية التعاقد في واحد من أخطر تطبيقاتها ممثلا في العلائق الايجارية التي تبلور النصوص القانونية التي تحكمها، اتجاها عاما تبناه المشرع ردحا طويلا من الزمن في إطار من مفاهيم جائرة ما برح المستأجرون علي ضوئها، يرجحون مصالحهم علي مؤجرين أضر المشرع بحقوقهم، متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال.

([1]) القضية رقم ٥٦ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤ -ص ٩٣٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

* ففي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٩ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" بجلستها المعقودة في ١٩٩٧/١١/١٥(١)، تقرر المحكمة أن حق المستأجر لا زال حقا شخصيا مقصورا علي استعمال عين بذاتها في المنفعة المرصودة عليها، فلا يمتد هذا الحق إلي استغلالها إذا منعها أصحابها عن مستأجرين من خلال شرط اتصل بإجارة أبر موها معهم صريحا كان هذا الشرط أم ضمنيا.

فإذا خول المشرع -وبناء علي قاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها- الحق في التأجير المفروش لكل مستأجر في الأحوال التي حددها، صار منتهيا حق من يملكون الأعيان المؤجرة في ألا يتولى آخرون سلطة استغلالها بغير إذن منهم. وفي ذلك عدوان علي الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية -في صحيح بنيانها- بفواتها، فلا تكون الإجارة إلا إملاء يناقض أسسها.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٧١ لسنه ١٩ قضائية بجلستها المعقودة في ١٩٩٧/١٠/٤(٢)، تقرر هذه المحكمة، أن حرية التعاقد والحق في الملكية من الحقوق التي كفلها الدستور، وأن الأصل في الروابط الإيجارية، أن الإرادة هي التي تنشئها، فإذا جردها المشرع من كل دور في مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها، كان تنظيمها آمرا منافيا لطبيعتها.

ولئن جاز القول بأن القيود التي فرضها المشرع علي الإجارة، قد اقتضها أزمة الإسكان وحدة ضغوطها، وضرورة التدخل لمواجهتها بتدابير استثنائية تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها؛ وكان هذا التنظيم الخاص قد أصابها في كثير من جوانبها، مقيدا عمل الإرادة في مجالها -وعلى الأخص في مجال تحديد مقدار الأجرة وامتداد الإجارة بقوة القانون- إلا أن الإجارة تظل -حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص- تصرفا قانونيا ناشئا عن حرية التعاقد التي أهدرتها النصوص القانونية المطعون عليها من خلال إنفاذها -وبقوة القانون- تبادل الأعيان السكنية المؤجرة -في البلد الواحد - بين مستأجر وآخر، في الأحوال التي تبينها السلطة التنفيذية ووفق الضوابط التي تضعها، فلا تكون الإجارة -على النحو المتقدم - عقدا يقوم على التراضي، بل إملاء يناقض أسسها ويقوضها.

---

(١) ص ٩٥٤ من الجزء الثامن.

(٢) ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

* وتأتي المحكمة الدستورية العليا بقاعدة جوهرية تؤكد بها أن التدابير الاستثنائية التي تحكم العلائق الايجارية، لا يجوز أن تبقي أبدا علي حالها، ولا أن تكون حلا نهائيا لمشكلاتها، وأن التوازن في هذه العلائق، ينبغي أن يكون قاعدة بنيانها، فلا ينقض المشرع إطار هذا التوازن لمصلحة أحد أطرافها، مجانبا في ذلك حدود الاعتدال.

وهي تؤكد هذه المعاني بتقريراتها القاطعة و المباشرة التي تقول فيها بأن التدابير الاستثنائية التي فرضها المشرع للحد من غلواء أزمة الإسكان، وإن آل أمرها إلي اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها مع تعلقها بالنظام العام لابطال كل اتفاق على خلافها، إلا أن تطبيق هذه التدابير الاستثنائية يظل مرتبطا بالضرورة التي أملتها بوصفها باعثها وإطارها. وما كان لسريانها بالتالي أن ينفصل عن مبرراتها، ولا أن يزيد على قدر هذه الضرورة.

ولا يجوز بالتالي أن تعتبر هذه التدابير التي تدخل بها المشرع في العلائق الايجارية من أجل ضبطها، حلا نهائيا ودائما لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يعيد النظر فيها، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تخلي هذه التدابير عندئذ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الأصل في العقود جميعها.

وكلما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك علي أن الاتفاق صار مهيمنا علي شروط التعاقد. وهو اتفاق يكفي لانعقاده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين(١).

* وتفصل المحكمة الدستورية العليا حدود الضرورة الاجتماعية للتدابير الاستثنائية في العلائق الإيجارية بقولها إن استلاب أموال الناس لا يتصور أن يكون حقا لأحد، ولا أن تتقرر الضرورة بعيدا عن حقيقتها.

فإذا أعاد المشرع العلائق الايجارية إلي الأصل فيها بعد أن اختل التوازن بين أطرافها اختلالا جسيما، وغدا تنظمها الاستثنائي منافيا لطبيعتها، متغولا حدود التضامن الاجتماعي التي

---

(١) القضية رقم ٧٨ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٢/١ -قاعدة رقم ٢١- ص ٣٣١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

كفلتها المادة ٧ من الدستور، فإن عمل المشرع -وقد رد به الحقوق لأصحابها، وأقام ميزانها عدلا و إنصافا- لا يكون مخالفا للدستور.

* وتقيم المحكمة الدستورية العليا دعائم قضائها في شأن التوازن في العلائق الايجارية علي أن الطبيعة الاستثنائية للقوانين التي درج المشرع علي تنظيم هذه العلائق من خلالها، لا تعصمها من الرقابة القضائية علي الشرعية الدستورية، ذلك أن هذه القوانين حتى مع اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، مناطها الضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص.

ومن ثم تدور معها وجودا وعدما تلك القيود التي ترتبط بها، وترتد إليها، باعتبارها مناط مشروعيتها. ويتعين بالتالي أن يقرر المشرع في مجال تنظيم العلائق الإيجارية، من النصوص ما يكون كافلا للتوازن بين أطرافها، على أن يكون هذا التوازن حقيقيا لا صوريا، واقعا لا منتحلا أو سرابا، وأن يبلور التوازن في هذه العلائق حقيقية قانونية لا مماراة فيها، لضمان أن يكون التنظيم التشريعي لحقوق المؤجرين والمستأجرين في دائرة هذا التوازن، منصفا لا متحيفا، متعمقا الحقائق الموضوعية، وليس متعلقا بأهدابها الشكلية.

ولا يجوز بالتالي أن يعدل المشرع من إطار العلائق الإيجارية بما يمثل افتئاتا على حقوق أحد أطرافها، أو إنحرافا عن ضوابط ممارستها، وإلا آل أمر النصوص التي أقرها إلي البطلان([1]).

* وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك أن حق مستأجر العين في استعمالها مصدره العقد دائما، ولا زال حقا شخصيا لا عينيا ينحل إلي سلطة مباشرة على العين المؤجرة ذاتها يمارسها مستأجرها دون تدخل من المؤجر. فإذا تخلي المستأجر عن العين وتركها، زايلته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع لحمايته، ولم يعد لأحد إحياء حق في شغلها بعد أن صار هذا الحق منعدما. ولا يجوز في أية حال أن ينحدر المشرع بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، مرجحا عليها مصالح لا تدانيها، ولا تقوم إلي جانبها أو تتكافأ معها، ومآل حمايتها حرمان مؤجر العين منها حرمانا مؤبدا ترتيبا علي انتقال منفعتها إلي الغير انتقالا متتابعا متصلا في أغوار الزمن.

([1]) القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ١١ -ص ١٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو بعد انتقال لا يعتد بإرادة المؤجر في معدنها الحقيقي، بل يقوم في صوره الأكثر شيوعا على التحايل على القانون، والتدليس على المؤجر، وهو ما يعد التــواء بالإجــارة عــن حقيقــة مقاصدها، وإهدارا لتوازن لا يجوز أن يختل بين أطرافها، وإقحاما لغرباء عليها انحرافــا عــن الحق، ونكولا عن الصالح العام.

وكلما ألحق المشرع بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش، وقرر معاملة تفضيلية لأقربــاء المستأجر الأصلي اختصهم بها دون مسوغ، واصطفاهم من خلالها في غير ضرورة، فانه بذلــك يكون قد قدم بذلك المنفعة المجلوبة على مخاطر يتعين توقي سوءاتها ودرء أضرارها، حــال أن دفع المضرة أولى، وعلى الأخص من خلال توازن في العلائق الإيجارية يكون كــافلا مصــالح أطرافها، غير مؤد إلي تنافرها([1]).

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنه ١٢ قضائية "دستورية" بجلستها المعقــودة في أول يناير ١٩٩٤([2]). تقرر المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه المشــرع([3]) مــن أن الأسبق إلي شراء وحدة من مالكها، ولو لم يكن قد سجل عقد شرائه لها، هو الأجــدر بالحمايــة القانونية ممن ابتاعها مرة ثانية؛ لا مخالفة فيه للدستور. ذلك أن المشرع توخي بذلك أن يبطل كل بيع لاحق لعقد شرائها الأول إذا تعلق بالوحدة ذاتها، ولو كان البيع اللاحق لها مسجلا.

وتؤسس المحكمة حكمها المتقدم، علي أنه إذا باع الوحدة ذاتها مالكها إلي غير مــن تعــاقد معه أولا على شرائها، كان ذلك تعاملا فيها يقوم على التحايل والانتهاز. وهو ما دعا المشرع إلى إبطال البيوع اللاحقة على العقد الأول، باعتبار أن محلها صار من الأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضى قاعدة آمرة ناهية فرضها المشرع على أسس موضوعية، بعد أن شاع التعامل فــي

([1]) القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٣/١٨- قاعدة رقم ٣٧ -ص ٥٤٢ وما بعدها مــن الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) ص ١٠٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([3]) تنص الفقرة الأولي من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصــة ببيــع وتأجير الأماكن، على أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الــذي يتقاضي بأية صورة من الصور، بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة، أو يؤجرها لأكثر مــن مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كــان مسجلا.

الوحدة الواحدة أكثر من مرة انحرافا عن الحق وتماديا في الباطل، واستمراء للزور والبهتان، فلا يكون البيع اللاحق للوحدة ذاتها، إلا سعيا من مالكها لنقض ما تم من جهته ختالا. ويتعين بالتالي إهدار سوء قصده جزاء وفاقا.

فإذا أبطل المشرع البيوع اللاحقة جميعها بطلانا مطلقا لضمان انعدامها؛ وكان العدم لا يصير وجودا ولو أجيز؛ وكان بطلان البيوع اللاحقة على العقد الأول، قد تقرر بناء على نص ناه في القانون، حظر نقل ملكية الوحدة ذاتها إلى غير من اشتراها أولا من مالكها حتى لا يختل استقرار بالتعامل؛ فإن حظر البيع اللاحق للوحدة ذاتها، لا يكون مخالفا للدستور، ولو قرن المشرع هذا الخطر بعقوبة جنائية نص عليها لردع من يخرجون على مقتضاه.

كذلك فإن إبطال المشرع بقاعدة آمرة للبيوع اللاحقة على العقد الأول، مؤداه تعلق هذه البيوع بأموال حظر المشرع تداولها -لا بناء على طبيعتها- ولكن بناء على نص قانونى آمر.

وبينما نشأ عقد البيع اللاحق باطلا على النحو المتقدم، فإن عقد شرائها الأول ولد صحيحا ونافذا، فلا تعتبر البيوع الألحق أفضل في مجال نفاذها من عقد شراء الوحدة الأول. ذلك أن المفاضلة ين إعقدين ترجيحا لأحدهما على الآخر، يفترض استيفاء هذين العقدين لأركانهما ولشروط صحتهما. ولا كذلك البيوع التي تم إبرامها بعد عقد الشراء الأول. ذلك أن انعدامها مؤداه زوال كامل آثارها وامتناع تنفيذها.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" بجلستها المعقودة في ١٩٩٧/٩/١٥([1])، تقرر هذه المحكمة القواعد الآتي بيانها:

أولا: أن الأصل في العقود -وباعتبارها شريعة المتعاقدين تقوم نصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها- هو ضرورة تنفيذها في كل مشتملاتها، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

ثانيا: كلما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد التزم المدين بالعقد. فإذا لم يقم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو عن إهمال، أو عن مجرد فعل لا

([1]) ص ٨٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يقترن بأيهما. ومن ثم تظهر المسئولية العقدية باعتبارها جزاء إخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما. وهي تتحقق بتوافر أركانها.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم مسئولية جنائية إلى جانبها. فلا يكون اجتماعهما معا أمرا عصيا أو مستبعدا، بل متصورا في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون فيها الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

وهو ما يعني أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثيم واقعة النكول عن تنفيذ التزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، وإنما كان العقد مصدره المباشر، وبشرط أن يكون هذا التأثيم قد حدد بصورة قاطعة أركان الجريمة التي أحدثها المشرع.

ثالثا: أن الحرية الشخصية التي يكفلها الدستور، لا تخول حقا مطلقا لأحد، في أن يتحرر نهائيا في كل الأوضاع أيا كانت ظروفها، وفي كل الأوقات أيا كان زمنها، من القيود عليها. وإنما يجوز كبحها بقيود تتعدد جوانبها، تقتضيها أوضاع الجماعة وضرورة صون مصالحها، وتتطلبها كذلك أسس تنظيمها، ودون إخلال بأمن أعضائها.

رابعا: أن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخلون -دون مقتض- بالتزامهم بتسليم الوحدة التي باعوها، في الموعد المحدد لتسليمها، لا مخالفة فيها للدستور. ذلك أن الجزاء الجنائي يعتبر عقابا واقعا بالضرورة في إطار اجتماعي، منطويا غالبا من خلال قوة الروع على تقييد الحرية الشخصية، ومستندا إلى قيم ومصالح اجتماعية تبرره، كتلك التي تتعلق بحظر التعامل في بعض الأموال تحايلا، بما يقوض الحماية القانونية المقررة لها.

ومرد التجريم المقرر بالفقرة المطعون عليها[1] إلى الضرورة الاجتماعية. فقد أحاط المشرع -ومن خلال الجزاء الجنائي- البيوع التي يكون محلها وحدة سكنية في عقار، بما يكفل

---

(1) هي الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، التي تنص علي أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتخلف دون مقتضى، لمن يتسلم الوحدة في الموعد المحدد، فضلا عن إلزامه بأن يؤدى إلى الطرف الأخر مثلي المقدم.

صدق هذه البيوع وينأى بها. فلا يكون هذا التعامل زيفا أو تربحا غير مشروع، لتعايش هذه البيوع الأغراض التي يرتجيها المتبايعون منها، فلا يتوهمها أطرافها على غير حقيقتها.

ويفترض الجزاء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، أن مالكا قد اختار ألا يقوم بتسليم الوحدة التي باعها في الموعد المحدد. ولا تؤثم الفقرة المطعون عليها واقعة تخلفه عن التسليم في ذاتها، بل سلوكا اتصل بها، وكان مؤديا إليها.

خامسا: أن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفا للدستور، إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة la disproportion manifeste بين مداه من جهة، وطبيعة الجريمة التي تعلق بها من جهة ثانية.

سادسا: أن ما تنص عليه المادة ٢٠٦ من القانون المدني من أن الالتزام بنقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، مؤداه أن التزامين يتفرعان عن الالتزام الأصلي بنقل الملكية.

أولهما: محافظة بائع العين عليها إلى حين تسليمها.

وثانيهما: تسليمها فعلا إلي من ابتاعها. ويتمحض التزام الأول عن الالتزام ببذل عناية. أما ثانيهما فهو التزام بتحقيق غاية بذاتها، فلا يعتبر تسليمها قد تم صحيحا إلا إذا تمكن مشتريها من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يستول عليها استيلاء ماديا .

وقد قدر المشرع أن امتناع البائعين للعين دون مقتض عن تسليمها، ليس إلا صورة من صور التدليس في الأعم من الأحوال، يقارنها انتفاعهم بالأعيان التي باعوها، واحتفاظهم بثمنها دون مقابل يعود علي مشتريها منها، وإعادة بيعها أحيانا. فلا يكون التزامهم بالتسليم ناجزا، بل متراخيا. ومن ثم تدخل المشرع بالجزاء الجنائي لحمل البائعين علي إيفاء تعهداتهم ما استطاعوا، فلا ينغلق الطريق إلي إنفاذها، ولا ينال الجمود مسراها، وعلي الأخص كلما كان شراء العين بقصد استغلالها واستعمالها، واقعا لأغراض الإسكان.

سابعا: توخي المشرع بالجزاء الجنائي المقرر بالفقرة المطعون عليها، مواجهة امتناع بائع العين عن تسليمها أو تراخيه في ذلك عن الموعد المحدد. وجعل المشرع إيقاع هذا الجزاء مشروطا بألا يكون الإخلال بالالتزام بالتسليم ناشئا عن سبب أجنبي. ولا مخالفة في ذلك للدستور،

ولو غاير النص الجنائي -في مجال تطبيقه- بين أحكام المسئولية الجنائية من جهة و المسئولية المدنية من جهة ثانية. ذلك أن المسئولية المدنية تتحقق إذا لم يتم التسليم كاملا بحيث إذا هلك المبيع أو تلف قبل تسليمه، ولو بسبب أجنبي، ظل البائع مسئولا.

ولا كذلك المسئولية الجنائية المقررة بالفقرة المطعون عليها. ذلك أن ما تغياه المشرع من وراء تقرير هذه المسئولية، هي أن يرد عن التعامل المشروع في الأعيان التي عناها، أبوابا ينفذ التحايل منها. فإذا انقطع دابره لعذر قام ببائعها، وحال دون تسليمه العين لمشتريها في الموعد المحدد، فإن اعتباره مسئولا جنائيا عن عدم تسليمها، يكون أمرا محظورا دستوريا. ذلك أن وقوع جريمة ما، يفترض إرادة ارتكابها([1]).

* وفى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية"، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن حق من يملكون الأعيان المؤجرة فى استغلالها من خلال عقود إيجار يبرمونها فى شأنها، مؤداه حريتهم فى اختيار من يستأجرونها، وكذلك فى تحديد أوجه استعمالها، فلا يغير مستأجروها هذا الاستعمال بإرادتهم المنفردة لتتحول الأماكن التى اتخذوها سكنا إلى أماكن مهيأة لغير أغراض السكنى بغير موافقة مالكها، وهو ما يناقض الدستور. ذلك أن حق المستأجر لازال حقا شخصيا مقصورا على استعمال عين بذاتها بما لا يجاوز الغرض من الإجارة.

فلا يمتد إلى سلطة تغيير استعمالها بغير موافقة مالكها، وبالمخالفة لشرط اتصال بالإجارة -صريحا كان هذا الشرط أو ضمنيا- حكما جاوز هذا الشرط الحدود المنطقية التى تعمل الإرادة الحرة فى نطاقها، والتى لا تستقيم الحرية الشخصية -فى صحيح بنيانها- بفواتها([2]).

تلك صور من تدخل المحكمة الدستورية العليا لإنهاء القيود غير المبررة علي حرية التعاقد. وهي بذلك ترعي جوهر هذه الحرية، وتقيم دعائمها بما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي، فلا يقيدها المشرع أو ينال منها، إذ هي الأصل في الحرية الشخصية التي تعتبر إرادة الاختيار من أبرز ملامحها.

([1]) أصدرت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٢ لسنه ٢٠ قضائية حكما على نمط حكمها الصادر في القضية ٤٨ لسنه ١٨ قضائية. وقد صدر الحكم الثاني في شأن من يؤجر الوحدة السكنية أكثر من مرة.

([2]) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ – قاعدة رقم ٦٠ – ص ٥٠١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الباب الثاني
الشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية

الفصل الأول
الدولة وأزماتها الخطيرة

المبحث الأول
طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٣- ويظل أصلا ثابتا أن الأوضاع الاستثنائية، قد تبلغ وطأتها حد تهديد وجود الدولة ذاتها، أو تعطيل مؤسساتها عن مباشرة وظائفها. ومن شأن هذه الأوضاع -التي تواجهها بعض الدساتير بنصوص خاصة- أن تفرض قيودا باهظة على حقوق المواطنين وحرياتهم، بقدر حدة هذه الأوضاع وتأثيرها علي أكثر المصالح القومية أهمية، وأبلغها اتصالا بكيان الجماعة وتماسكها وتلاحم قومياتها، أو تكامل أجزاء إقليمها. وهو ما حرص الدستور الفرنسي على تنظيمه بنص المادة ١٦ -التي تقابل نص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر- ذلك أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي يجري بالصيغة الآتية:

"إذا تهددت مؤسسات الجمهورية أو تهدد استقلال الأمة، أو تكامل الإقليم أو تنفيذ التعهدات الدولية، على وجه جسيم وحال، وكان السير المنتظم لسلطاتها العامة الدستورية قد انقطع، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ -بعد التشاور مع رئيس مجلس الوزراء ورئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وكذلك المجلس الدستوري- التدابير التى تقتضيها الظروف. ويوجه رئيس الجمهورية بيانا إلى الأمة.

ويتعين أن تصدر هذه التدابير مستوحية إرادة أن تعود المؤسسات الدستورية العامة إلى العمل لتحقيق المهام التى تتولاها فى أقرب وقت مستطاع.

ويؤخذ رأى المجلس الدستورى فى شأن هذه التدابير. وينعقد البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء مباشرة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية".

٥٣٤- تلك هي المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي يراها بعض الفقهاء([1]) من إيحاء الجنرال ديجول؛ وأنها في حقيقتها دستور داخل الدستور. ولئن صح القول بأن ما تتوخاه، هو ضمان بقاء الدولة إذا واجهتها مخاطر من طبيعة استثنائية، إلا أن صيغتها تفتقر إلي التحديد؛ وإلي ضوابط لا تتحمل التأويل، وإلي صورة واضحة تتكامل بها أجزاؤها، ولا تظهر حقيقة أبعادها إلا من خلال تطبيقها.

ولم تعترض اللجنة الدستورية الاستثنائية على مشروع هذه المادة التي ناقشتها في حضور الجنرال ديجول. وكان غريبا ألا تثير تساؤلا حول حقيقتها كنص يتأبي علي مفاهيم دستورية تقليدية اعتنقتها فرنسا دوما، مانعة بها رئيس الجمهورية من احتكار مظاهر السلطة في يده، ولو واجهته أوضاع استثنائية تقارنها مخاطر داهمة. ذلك أن صون الدولة من عوارض تهددها، وإن كان مطلبا حيويا، إلا أن انفراد رئيس الجمهورية بدفعها من خلال تدابير يتخذها، يناقض طبيعة النظم الديمقراطية، ويقوض بنيانها . إذ يؤول إلى تركيز السلطة بدلا من توزيعها وتفرقها. وفي ذلك خطر كبير على الديمقراطية إذ يجنح بها إلى أعاصير لا تؤمن عواقبها.

ولعل الجنرال ديجول -وقد جاهد بضراوة لتحرير فرنسا من النازية- أراد أن يكرس من جديد -ومن خلال نص المادة ١٦ المشار إليها- المفاهيم الشخصية التى آمن بها، والتى تقوم على تمحور الدولة حول رئيسها أو زعيمها، وتجمعها وراءه باعتباره كافلا استقلالها واستقرارها، ورمز كرامتها الأعلى، وصمام أمنها فى مواجهة المخاطر على اختلافها. حتى إذا دهمتها، ظل طودا منتصبا وشامخا يشق لها طريقها من جديد، لتعود إلى مباشرة وظائفها التى عطلتها هذه المخاطر، أو قيدتها.

وكان ضروريا بالتالى أن تصاغ المادة ١٦ من الدستور الفرنسى من خلال مفاهيم إجمالية لا تسعها في كل تطبيقاتها؛ ولا تستغرق صور الأوضاع الاستثنائية التى تواجهها الدولة جميعها، ولا تحيط بكل جوانبها وأقطارها.

ذلك أن أحكامها تصور درجة من المخاطر العريضة فى مساسها بأعمق المصالح القومية وأكثرها أهمية.

([1]) Jean chatelain, la constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 541-553.

٥٣٥- ومن ثم كان مناط تطبيقها اجتماع شرطين فيها:

أولهما: أن تبلغ هذه المخاطر فى عنفها وقوتها وفداحتها، حدا يؤكد جسامتها وإضرارها المباشر بمصالح قومية حيوية، فلا يكون أثرها ضئيلا؛ ولا توقعها متصورا، لتظهر خطورتها من زاوية طبيعتها المفاجئة من جهة؛ وتعذر دفعها بالوسائل القانونية المعتادة من جهة ثانية، بما يجعلها مخاطر وخيمة عواقبها، ماثلة بنذرها وعمق وطأتها.

ثانيهما: أن يكون من أثر هذه المخاطر -فى صلتها بالدولة- انقطاع مؤسساتها الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها.

وليس شرطا أن تصيبها جميعا بما يعطلها فى كل جوانبها، ولا أن تحيط بها بصورة كاملة تعجزها تماما عن العمل.

وآية ذلك أن الثورة التى قام بها فريق من الجيش الفرنسى فى الجزائر انقلابا على حكومتها الشرعية، لم تعطل الحكومة القائمة فى الوطن الأم، أو تعجزها عن مباشرة وظائفها، ولا أفقدتها القدرة على مجابهة هذه الثورة، ومحقها بالقوة.

بيد أن مجرد الإعلان عن هذه الثورة، وتعديها على الحكومة الشرعية فى الجزائر، كان نذير خطر على الجمهورية يهدد باقتلاع أسسها، ومحو كيانها. وكان ضروريا بالتالى مواجهتها بوسائل استثنائية تلائمها.

وفى إطار هذين الشرطين، كان منطقيا أن تفسر المادة ١٦ من الدستور الفرنسى بما يكفل مرونتها، ويؤكد اتساعها لأوضاع استثنائية يستحيل حصرها، وإن كان لها خطرها. فلا يكون رصد هذه الأوضاع وتدوينها فى الدستور، مفيدا أو عمليا أو ممكنا. إذ هى مخاطر من نوع خاص، تتداح عواقبها بما يؤكد تراميها، واتساع دائرتها، وعمق آثارها وتتابعها، فلا يكون اقتلاع جذورها إلا تعبيرا عن رفض القبول بها، وضرورة وأدها فى مهدها، أو توقى تفاقم نتائجها.

وإذا كان ديجول قد أخمد ثورة رجال الجيش فى الجزائر، وكان قادتها قد فروا هاربين أو اعتقلوا، وامتثل من تبعهم من الجند لكلمة القانون، إلا أن ذلك قد تحقق من خلال نص المادة ١٦ من الدستور التى دخل تطبيقها -ولأول مرة- حيز التنفيذ.

٥٣٦- وقام الدليل بصورة واقعية -ومن خلال هذا التطبيق- على أن من الصعوبة بمكان، تحديد الأوضاع الاستثنائية التى تواجهها الدولة فى زمن معين؛ وأن بيان ماهية هذه الأوضاع إنما يتأتى من منظور مفاهيم إجمالية تشى بها، ولا تفصلها، أو تحددها بصورة قاطعة.

ولا كذلك الشروط الشكلية التى أحاط بها الدستور نص المادة ١٦ المشار إليها. ذلك أن الدستور بينها بصورة جلية لا خفاء فيها بما أوجبه على رئيس الجمهورية من أن يستنير - قبل مباشرته لسلطته الاستثنائية المنصوص عليها فى هذه المادة -بآراء تخالطها الصبغة السياسية والقانونية.

فالآراء القانونية هى التى يبديها المجلس الدستورى لرئيس الجمهورية فى شأن موضوع التدابير التى قرر اتخاذها. وهو يحصل على المعونة السياسية من أهلها الذين يمثلهم رئيس مجلس الوزراء، ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. فلا تزيد هذه الآراء السياسية والقانونية عن مجرد مشورة يبديها أصحابها لرئيس الجمهورية فى شأن توافر الشروط الموضوعية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور أو تخلفها.

ومن ثم تبلور الشروط الشكلية التى تنحصر أساسا(١) فى أخذ آراء الأشخاص الذين عينتهم هذه المادة، صورة من صور الرقابة القانونية والسياسية على تقدير رئيس الجمهورية فى شأن تحقق الأوضاع الاستثنائية وإمكان التدخل لمواجهتها بتدابير من جنسها.

وتبدو أهمية الرقابة القانونية، فى أن المشرع أصدر فى ١٩٨٥/١١/٧ قانونا عضويا توخى به أن يكون مكملا لنص المادة ١٦ من الدستور، وذلك بما تنص عليه المادة ٣٨ من هذا القانون، من أن الآراء التى يبديها المجلس الدستورى الفرنسى فى شأن موضوع التدابير التى يعتزم رئيس الجمهورية اتخاذها، يتعين تسبيبها ونشرها.

بما يوفر ضمانة جوهرية غايتها ألا تنفصل هذه التدابير عن موجباتها، وألا تكون شرعيتها الدستورية -حتى فى إطار المفاهيم التى تقتضيها الأوضاع الاستثنائية- مشكوكا فى صحتها.

---

(١) من بين الشروط الشكلية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى، أن يوجه رئيس الجمهورية رسالة إلى الأمة.

وإذا كان نص المادة ١٦ من الدستور، قد فرض صورا من الرقابة القانونية والسياسية على رئيس الجمهورية على نحو ما قدمناه، فإن حكمها قيده كذلك بنوع من الرقابة الشعبية. يتمثل فى توجيه رئيس الجمهورية رسالة إلى مواطنيه ينبئهم فيها بالأوضاع الاستثنائية التى يعايشها الوطن.

ومن المفترض فى رسالته هذه، أن يكون مضمونا محددا -وعلى الأقل- من جهة الخطوط الرئيسية لهذه الأوضاع، وطبيعة المخاطر التى تقارنها، ونوع أو مجمل التدابير التى تتخذ لإنهائها، وأن يقع ذلك كله بقدر كبير من الوضوح.

تلك هى الشروط الشكلية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور من الزوايا السياسية والقانونية والشعبية. ويظل ثابتا أن هذه المادة لا يرتبط نطاق تطبيقها بمفاهيم جامدة؛ ولا بقيم نظرية مجردة صاغها أصحابها بعيدا عن الحقائق الواقعية.

ذلك أن الناحية التطبيقية لتلك المادة، هى التى تبين صور اللجوء إليها ؛ والضوابط التى ينبغى أن تحكمها؛ وكذلك مظاهر قصورها؛ وعلى الأخص فيما يتعلق بدور البرلمان بعد إعلان رئيس الجمهورية عن قيام أوضاع استثنائية خطيرة فى آثارها، وهو ما نعالجه تباعا فى المباحث الآتية:

المبحث الثاني
قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٧- يتخذ قصور المادة ١٦ من الدستور الفرنسي -في جوانبها الفنية- مظاهر ثلاثة؛ يتعلق أولها بكيفية إنفاذ حكمها؛ وثانيها بمضمون التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذها بمناسبة تطبيقها؛ وثالثها بزمن بقاء هذه التدابير بعد انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي تطلبتها.

المطلب الأول
كيفية إنفاذ حكمها

٥٣٨- يأتي تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في إطار مفهوم عام يعطي لرئيس الجمهورية مركزا حيويا في الدولة.

وهو مفهوم يبلوره كذلك نص المادة (٥) من هذا الدستور التي تجعل رئيس الجمهورية أمينا على احترام الدستور؛ كافلا للدولة استمرارها؛ وحكما بين سلطاتها لضمان انتظامها؛ وحارسا لاستقلالها، يصون تكامل إقليمها، ويعمل علي تنفيذ تعهداتها الدولية.

وهذا المركز الخاص لرئيس الجمهورية، هو ما تردده الأفكار التي تقوم عليها المادة ١٦ من الدستور، والتي تتسم بتركيز سلطة استثنائية خطيرة أبعادها في يد رئيس الجمهورية، وكذلك بغموضها في شأن ضوابط الأوضاع الاستثنائية التي تحدق بالدولة وتسوغ تطبيقها. فضلا عن تجهيلها بمظاهر انقطاع مؤسساتها عن السير المنتظم.

ويزداد الأمر غموضا من ناحيتين:

أولاهما: أن الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتدهمها لتحيط بها، قلما يكون توقعها ممكنا، سواء في نذرها أو في مجال الدائرة التي تمتد إليها آثارها، وعلى الأخص بعد تطور المخاطر في حدتها، وتعقد الوسائل العلمية التي تفضي إليها، وإمكان وقوعها دون بصر بمقدماتها، لا سيما بعد تطور الطاقة النووية؛ وتزايد فرص استخدامها في الأعمال الحربية أو الانتقامية؛ وإمكان شراء بعض الدول لها بالمال؛ واتساع مفهوم الجريمة في أشكالها المنظمة،

ونظمها السرية، وضرباتها المفاجئة في إطار خطط أحكم تدبيرها مع تعذر السيطرة عليها بالنظر إلي خفائها.

وصار ثابتا -علي ضوء ما تقدم- أن التنبؤ بكل صور المخاطر، يكاد أن يكون أمرا مستحيلا، وأنه حتى مع توافر بعض النذر التى تعتبر من إرهاصاتها، إلا أن تشخيصها وقوفا على كامل أبعادها، كثيرا ما يكون وهما.

ثانيتهما: أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى، يثير من ناحية أخرى صعوبة تتعلق بالشروط الموضوعية لتطبيقها.

ذلك أن المخاطر التى تعرض للدولة، قد لا تصل جسامتها إلى حد تعويق مؤسساتها عن مباشرة وظائفها.

ومن ثم حرص الدستور الفرنسي على أن يعتبر انقطاع مؤسساتها هذه عن السير المنتظم محددا علي ضوء خصائص نشاطها، شرطا مضافا إلى شرط حدة المخاطر التى تحيط بالدولة وتهدد استقرارها، فلا تقوم الأوضاع الاستثنائية التى تبرر تدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها إلا باجتماع هذين الشرطين.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خلا من كل تحديد لمفهوم انقطاع المهام التى تقوم الدولة عليها من خلال سلطاتها الدستورية، وإن تعين القول بأن هذا الانقطاع، ولو لم يكن كاملا، إلا أن تدخل رئيس الجمهورية لمواجهته يظل مبررا، كلما نجم عن عوارض خطيرة فى نوعها وآثارها إذا كان لا يستطاع توقعها، وكان لها من وطأتها وغلواها، ما يجعل التدخل بالوسائل القانونية المعتادة لإزهاقها، عقيما.

وتظل الشروط الشكلية التى فرضها نص المادة ١٦ من الدستور كقيد على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته الاستثنائية، أكثر شروط تطبيق هذه المادة وضوحا وأقطعها فى بيان متطلباتها.

بيد أن هذه الشروط ذاتها التى أحكم الدستور صياغتها ليحدد دلالتها تحديداً جازما، يعيبها أن جمودها يفترض بالضرورة أن تتوافر جميعها قبل أن يقبض رئيس الجمهورية بيده على أكثر

مظاهر السلطة خطورة، وأعمقها أثرا فى حياة المواطنين وحرياتهم. وهو افتراض قلما يتحقق على الأخص فى حالتى الغزو الخارجي أو العصيان الداخلى إذا كان من شأنهما اعتقال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ مثلا، أو اقتحام المجلس الدستورى بما يعطل مباشرته لوظائفه جميعها، فلا تكون الشروط الشكلية التى تطلبتها المادة ١٦ من الدستور، إلا مجافية لحقيقية بعض الأوضاع الواقعية، وحائلا دون مرونة مواجهتها بالتدابير اللازمة.

المطلب الثانى

حقيقة التدابير التى يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى

يحيط بهذه التدابير قيدان:

٥٣٩- أولهما: قيد موضوعى مؤداه، أن تصدر التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى مجال تطبيقه لنص المادة ١٦ المشار إليها، عن إرادة توفير الوسائل الكافية التى تعود بها كل سلطة دستورية -ودون ما إبطاء- إلى مباشرة وظائفها([1]). وهذا الغرض المخصص، هو ما يتعين أن تتوخاه تلك التدابير، فلا تعمل لتحقيق سواه، وإلا كان ذلك انحرافا من رئيس الجمهورية عن حدود سلطاته الاستثنائية المنصوص عليها فى المادة ١٦ من الدستور. وهى حدود تنحصر فى إعادة النظام إلى الدولة من زاوية دستورية. ولا تخول رئيس الجمهورية بالتالى تعديل الدستور انقلابا على أحكامه([2]).

([1]) يلاحظ أن الانقلاب الذى وقع فى الجزائر من قبل فريق من الجيش الفرنسى، لم يستمر أكثر من أربعة أيام، وفى السادس والعشرين من أبريل ١٩٦١ استعادت الحكومة الشرعية سلطتها بعد أن التفت حولها أغلبية الشعب الفرنسى، وقطاع كبير من الجيش. ومع أن الحرب فى الجزائر لم تكن قد انتهت بعد، إلا أن العودة إلى الشرعية الدستورية هى التى مكنت الشعب الفرنسى من التكتل حول الجمهورية الخامسة، وقد فوض الشعب -من خلال استفتاء عام- الرئيس ديجول فى اتخاذ التدابير الملائمة لضمان حق تقرير المصير للجزائريين.

([2]) يقول الأستاذ وجدى ثابت غبريال فى ص ٧٤ من رسالة الدكتوراه التى أعدها حول موضوع سلطات رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، بأن من غير المنطقى أن يقنن الدستور نظرية دستورية ينتهى إعمالها إلى المساس بأحكامه حيث لا يسوغ أن تمحو أحكام الدستور بعضها بعضا ولا أن تتناقض.

والذين يقولون بجواز تعديل رئيس الجمهورية للدستور تأسيسا على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى فى قضيته([1]) Heyries من أن اختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين، يفيد إمكان الامتناع عن تطبيقها -مخطئون- ذلك أن تنفيذ رئيس الجمهورية للقوانين بما ليس فيه تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها، يعتبر واجبا دستوريا لا ترخص فيه. وليس الامتناع عن تطبيق القانون إلا إهدارا سلبيا لأحكامه، لا يقل سوءا عن مخالفتها بالخروج عليها. ولا يجوز بالتالى أن يعزل رئيس الجمهورية القضاة الذين كفل الدستور حصانتهم، ولو بادعاء تمردهم على الدولة وحضهم على عصيانها. ذلك أن تأديبهم لا يجوز أن يقع إلا وفقا للدستور والقانون.

ثانيهما: قيد شكلي مؤداه، أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦ من الدستور، يعتبر قرارا ينشر فى الجريدة الرسمية لضمان اتصال الكافة بمضمونه وتعريفهم بفحواه.

وليس بشرط أن يوقع على هذا القرار -وإلى جوار توقيع رئيس الجمهورية- رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولون- كل فيما يخصه Contresigner.

ذلك أن المادة ١٩ من الدستور تقضى بأنه فيما عدا أعمال رئيس الجمهورية الصادرة وفقا لأحكام المواد ٨ /١، ١١، ١٢، ١٦، ١٨، ٥٤، ٥٦، ٦١ من الدستور، يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولين عند الاقتضاء، على كل قرار يتخذه رئيس الجمهورية.

ودلالة هذا الاستثناء، أن التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦، لا تحتمل التأخير بطبيعتها بالنظر إلى الأوضاع التى تلابسها. فإذا عرضها رئيس الجمهورية على رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصين، وتربص توقيعهم عليها، زال عنصر المفاجأة عنها، فلا يكون وقعها مؤثرا فى إجهاض المخاطر التى أفرزتها الأوضاع الداهمة التى تحيط بالدولة، وتهدد بتقويض سلطاتها الدستورية.

ولو أن المناوئين للدولة، أدركوا التدابير التى قرر رئيس الجمهورية اتخاذها،قبل سريان مفعولها، لربما تحوطوا توقيا لآثارها، بما يجردها من كل فائدة عملية يرتجيها رئيس الجمهورية منها.

([1]) صدر حكم المجلس فى ٢٨ يونيو ١٩١٨.

كذلك فإن استثناء هذه التدابير من الأصل المقرر بنص المادة ١٩ مـــن الدســـتور، مـــؤداه إطلاقها من القيود التى تنافى طبيعتها، أو تعطل الأغراض المقصودة منها، والتى لا يندرج تحتها استشارة المجلس الدستورى فى شأن موضوع هذه التدابير([1]) Consulté ou sujet des mesures prises.

المطلب الثالث

زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التى تتصل بها

٥٤٠- يقدر رئيس الجمهورية -في نطاق سلطته التقديرية، وحدود سلطته السياسية- تحقق الأوضاع الاستثنائية أو تخلفها، ويحدد كذلك نوع التدابير التى يجوز أن يتخذها لمواجهتها. ذلـــك أن السلطة التى يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور، استثنائية بطبيعتـــها. وهو يترخص فى مباشرتها. لإنهاء أوضاع خطيرة قدر عواقبها. ويفـــترض عقـــلا بقـــاء هـــذه الأوضاع إلي أن يقرر رئيس الجمهورية زوالها.

ولا كذلك ما يتخذه رئيس الجمهورية من التدابير التى قدر ضرورتها لمواجهة مخاطر قائمة وعاصفة من شأنها تهديد الدولة فى عناصر وجودها، وأخصها مؤسساتها التى لا يجوز تعطيـــل وظائفها.

ذلك أن الذين يذهبون إلى سقوط هذه التدابير، وزوال كل أثر لها بمجـــرد إعـــلان رئيـــس الجمهورية عن إنهاء الأوضاع الاستثنائية التى اقتضتها، لا يميزون بين ما يكون من هذه التدابير فرديا، وما يتخذ منها صورة القواعد القانونية. إذ يسقطونها فى كل أشكالها -وأيا كان نوعـــها- تبعا لزوال الضرورة التى قارنتها.

ووجهة النظر هذه يعيبها، أن التدابير الفردية تتعلق فى الأعم مـــن تطبيقاتـــها بأشـــخاص بذواتهم كان لهم دور فى التحريض على العصيان أو تدبيره، أو فى تعطيل السلطة الدستورية فـــى الدولة، سواء بالقوة أو بالتهديد باستعمالها، بما يمنعها من مباشرة وظائفها. ومن ثم كان منطقيا أن تبقى هذه التدابير -الشخصية فى طبيعتها وخصائصها- حتى بعد انتهاء المخاطر، كجـــزاء علـــي أفعال قارفها مرتكبوها. شأنها فى ذلك شأن التدابير الفردية التى تصدر فى مجال تطبيق القـــاعدة

([1]) يصدر رئيس الجمهورية ديباجة كل تدبير بالعبارة الآتيـــة le conseil constitutionnel consulté أو بعبارة le conseil constitutionnel entendu دون أن يعرف أحد كنه الخلاف بين هذا التعبير أو ذاك.

القانونية على المخاطبين بها، إذ تظل هذه التدابير محمولة على صحتها حتى بعد تعديل هذه القاعدة أو محوها.

فإذا لم يكن التدبير فرديا، بل كان فى شكل قاعدة قانونية مجردة، فإن افتراض بقاءه بعد زوال هذه المخاطر، يكون عملا مخالفا للقانون أو الدستور. إذ الضرورة تقدر بقدرها؛ ولأن كل سلطة استثنائية ينبغى حصرها فى حدود الأغراض المقصودة منها.

ويفترض فى القواعد القانونية التى يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة مخاطر بذواتها، أنها تدابير اقتضتها الضرورة التى أملتها. فان لم يعد لهذه المخاطر من وجود، دل ذلك على استنفاد هذه القواعد لأغراضها([1]).

([1]) أنظر فى ذلك ص ٩٤٥ من المقالة التى نشرها Jean Chatelain فى الطبعة الثانية من مؤلفه وعنوانه . La Constitution de la republic francaise

المبحث الثالث

دور البرلمان إبان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٤١- وحتى يقبض رئيس الجمهورية بيده على كل مظاهر السلطة التى يتحول بها فى الأعم من الأحوال طاغيا مستبدا بالمعنى الحرفي للطغيان، حرص الدستور على توكيد أهمية وجود البرلمان أثناء مواجهة الدولة لأوضاع استثنائية تصيبها فى جوهر مقوماتها، وأخص وظائفها، وتحيطها بأعمق أزماتها، وأكثرها حدة.

وقد حقق الدستور مقصده فى ذلك من خلال شرطين نابعين من نص المادة ١٦ التى أبرز الدستور بها معنيين لا يجوز التفريط فيهما:

أولهما: أن البرلمان يتعين أن ينعقد بقوة القانون.

ثانيهما: أن الجمعية الوطنية لا يجوز حلها أثناء قيام هذه الأوضاع الاستثنائية.

وقد توخى الدستور من هذين الشرطين ردع السلطة التنفيذية، وحملها على التقيد بالحدود التى ضبط بها ولايتها الاستثنائية، حتى لا تتسلط من خلالها على حقوق المواطنين وحرياتهم، بما يبددها أو يرهقها بصورة خطيرة.

ولتحقيق هذا الغرض، عطل الدستور سلطة رئيس الجمهورية فى حل الجمعية الوطنية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من مادته الثانية عشرة. وجعل انعقاد البرلمان واجبا دستوريا، حتى يبصر الأوضاع الاستثنائية بمخاطرها الملتهبة؛ ويناقشها ثم يقدم الحلول التى يستصوبها لمواجهتها، وإن ظل لرئيس الجمهورية وحده أن يتخذ ما يراه من التدابير التى يستنسبها لمواجهة هذه الأوضاع.

إذ لو زاحمه البرلمان فيها، أو استقل بها، لعطل ذلك السلطة الاستثنائية التى يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. فضلا عن أن الأصل فى السلطة، أن يباشرها من فوضه الدستور فيها، مستهديا فى ذلك بما يراه مفيدا من الآراء، وكذلك بكل اقتراح يعينه عليها. ولو جاز القول بوصاية يفرضها البرلمان على التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور ليقرر جدواها أو ملاءمتها، لحل محل رئيس الجمهورية فيما يراه ضروريا

منها([1]) وقد يكون ذلك مدخلا لصراع عميق بينهما، بما يضر بالمصالح القومية في أعمق توجهاتها.

ذلك أن التعاون على المخاطر لردها على أعقابها، أولى من تعطيل السلطة الاستثنائية التي اختص الدستور بها رئيس الجمهورية وحده، والتي ما أفرده بتحملها، إلا على تقدير أن بيده -دون غيره- أفضل الوسائل التي يرد بها مخاطر قائمة ويجهضها.

وقد حدد الدستور الفرنسي -بنص المادة ١٦- أمرين يتعين التوفيق بينهما:

أولهما: اختصاص رئيس الجمهورية بمجابهة أوضاع استثنائية لها مخاطرها المقطوع بها، وعواقبها التي لا يستهان بها([2]).

وثانيهما: ضرورة دعوة البرلمان إلى الانعقاد، وامتناع حل الجمعية الوطنية أثناء قيام هذه المخاطر.

والأمران كلاهما واجبان بحكم الدستور. فلا يعطل البرلمان اختصاص رئيس الجمهورية؛ ولا يكون وجود البرلمان إجراء رمزيا عقيم الفائدة.

والتوفيق بين الأمرين مقتضاه، أن يعاون البرلمان رئيس الجمهورية، لا أن ينازعه في النهوض بالمسئولية الخطيرة التي يتحملها وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. وهي معاونة تتعدد

([1]) في الرسالة التي وجهها الرئيس ديجول إلى مجلسي البرلمان بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٦١ ذكر رئيس الجمهورية أنه في مواجهة الظروف الحالية -ويقصد بها تمرد وحدات من الجيش الفرنسي الموجود في الجزائر- فإن وضع نص المادة ١٦ من الدستور موضع التطبيق لن يؤثر على نشاط البرلمان، ولا على مباشرته لسلطته في التشريع والرقابة، وأنه انطلاقا من ذلك، تظل قائمة العلاقة بين البرلمان والحكومة بقدر عدم تعلقها بالتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقا لنص المادة ١٦ من الدستور.

......De ce fait, les rapports du governement et du parlement, doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu' il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16.

([2]) رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وهو يرأس المجالس واللجان العليا للدفاع عن الوطن (مادة ١٥ من الدستور) وهو يعين الموظفين المدنيين والعسكريين وممثلي الحكومة في الأراضي الواقعة فيما وراء البحار (مادة ١٣ من الدستور)، وعملا بنص المادة ١٨ من الدستور يتصل رئيس الجمهورية بمجلسي البرلمان من خلال رسائل يوجهها لهما.

أشكالها، ويندرج فى إطار صورها، أن يعمل البرلمان إلى جانبه، داعما إياه بكل الوسـائل التـى يملكها، ومن بينها الحقائق التى يقدمها إلى رئيس الجمهورية كي يتخذ علي ضوئها، أكثر التدابـير مناسبة للأوضاع القائمة.

فلا يكون البرلمان إلا الواجهة الخلفية لرئيس الجمهورية، لا لينفرد بالسلطة -استقطابا لـها وتسلطا عليها أو بها- وإنما ليباشرها فى حدود آمنة لا تخل بقوة الردع فى مواجهة هؤلاء الذيـن يعمدون إلى الإضرار باستقلال الدولة؛ أو الانتقاص من تكامل إقليمها؛ أو الانقضاض على وحـدة شعبها؛ أو الإخلال بتعهداتها الدولية؛ وبما يعوق سلطاتها الدستورية عـن العمـل فـى صـورة منتظمة([1]).

([1]) Jean Chatelain, Professeur émirite à la université de Paris(1), in la constitution de la republique francaise (analyses et commentaires) 2e edition, pp. 541-553; Georges Berlia, le contrôle du recours à l'article 16et de son application, Revue de Droit Public, 1962, p. 288; George Morange, le contrôle des decisions prise au titre de l'article 16, Dalloz, 1962, Chronique XV111, p. 109; la documentation francaise, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la ve republic, pp.113et à 120; Avis et debats du comité consultatif constitutionnel (travaux préparationes de la Constitution) la documentation Francaise, 1960).

المبحث الرابع
تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي
من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها

٥٤٢- لا شبهة فى أن تأسيس سلطة رئيس الجمهورية فى موضوع معين على نص فى الدستور، أفضل من ممارستها بغير نص.

كذلك فإن مجاوزة رئيس الجمهورية حدود ولايته التى بين الدستور تخومها، وإن دل على اغتصابه السلطة وانتزاعها بغير حق؛ فإن وجود نص فى الدستور يحدد أغراضا بذواتها يلتزمها رئيس الجمهورية فى مباشرته لسلطاته الاستثنائية وفقا لحكم المادة ١٦ المشار إليها، مؤداه ضرورة تقيده فى ممارستها بهذه الأغراض عينها. فإن جاوزها رئيس الجمهورية، كان ذلك انحرافا بالسلطة عن أهدافها.

ولا جرم فى أن لنص المادة ١٦ من الدستور فائدة عملية من ناحيتين:

أولاهما: أنها تكفل لرئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الملائمة، لإجهاض فتنه قبل استفحال دائرتها، ولتعقبها فى أسبابها وسحقها بعد البصر بعواقبها.

ثانيهما: أنها تكفل تكتل المواطنين حول الشرعية الدستورية التى يعتبر رئيس الجمهورية رمزا لها. فلا يتنصلون من التدابير التى يتخذها لدعمها، ولا يقعدون بالجهود التى يبذلونها عن واجبهم فى محق كل عدوان على هذه الشرعية.

بيد أن لنص المادة ١٦ من الدستور خطاياها، وأبرزها تجميعها كل مظاهر السلطة الاستثنائية فى يد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قمعية أو وقائية فى طبيعتها؛ بعيدة فى مداها من جهة نطاقها؛ خطيرة فى آثارها من ناحية مساسها بحقوق المواطنين وحرياتهم بصورة جوهرية.

وكثيرا ما تفقد هذه التدابير تناسبها مع نوع وحدة المخاطر التى تقابلها وتواجهها.

وقد يصور رئيس الجمهورية -ومن أجل الإقناع بالتدابير التى ارتآها- الأوضاع القائمة على غير حقيقتها، وبما يكفل تزييفها تشويها لها.

وقد يعتصم رئيس الجمهورية بمفاهيم الردع التى لا تقتضيها الضرورة، فلا تكون التدابير التى اتخذها غير خطوة دراماتيكية لا محل لها.

وقد يعمد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قاسية يتخذها، إلى توكيد سلطته حتى تتمحور الدولة بكل سلطاتها وتوجهاتها من حوله، فلا تنصاع أجهزتها لغير أوامره تتلقاها صاغرة، بما يجعل استكانتها حلقة فى ديكتاتورية بغيضة لا مكان فيها للتعددية بكل أشكالها وقيمها.

وإذا كان الأصل فى التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى نطاق المادة ١٦ من الدستور، ألا توجهها العوامل الشخصية، فإن المصالح الضيقة لا يجوز كذلك أن تكون باعثها.

وما نراه فى نص المادة ١٦ من الدستور، وما يقابلها من النصوص فى الدساتير الأخرى كنص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية، أن من يباشرون السلطة الاستثنائية التى تخولهم إياها هذه النصوص، قد ينحرفون بها عن أهدافها الرئيسية، فلا يلتزمون فى مباشرتها بحدود هذه السلطة، وإنما يعبرون من خلالها عن إرادة القهر والطغيان التى لا تنفتح بها للشرعية الدستورية طرائقها ومناهجها، وإنما تنغلق أبوابها، وربما بصورة نهائية وكاملة.

فالسلطة حدها السلطة التى تقابلها. وهى فى مقابلتها لها توازنها وتقوم اتجاهها وتردها إلى صوابها.

والذين يقولون بالعصمة من الخطأ فى كل رئيس للجمهورية، يفترضون كمال النفس الإنسانية، واستواءها دوما على الحق، وهو افتراض تنقضه الحقائق التاريخية.

وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير لا تتحمل التأخير، ولها من الحسم ما يؤكد فعاليتها، فإن سلطاته هذه لا يجوز -بالضرورة- أن يقيمها نص عريض فى معانيه، مفرط فى أبعاده، كنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى.

ولئن جاز القول بأن الأغراض التى تتوخاها هذه المادة لها من نبلها وسوائها ما يجعلها قيدا على السلطة الاستثنائية التى يباشرها رئيس الجمهورية لتحقيقها، إلا أن مجرد تركيز هذه السلطة فى يد رئيس الجمهورية، يثير شهوة تحريفها للخروج بها عن أهدافها.

كذلك فإن مجرد إطلال تلك المادة برأسها فيما بين نصوص الدستور، يولد الانطباع بالأهمية البالغة لمركز رئيس الجمهورية باعتباره نقطة الارتكاز في الدولة، وواسطة عقدها، وبؤرة اهتماماتها، ومعقد كل أمر يتصل بها.

فلا تكون غير إغواء بمزيد من السلطة يطلبها رئيس الجمهورية ويستحوذ عليها، ليظهر نص المادة ١٦ من الدستور -ومن خلال تطبيقه- باعتباره مرتبطا بالأوضاع الاستثنائية برابطة مصطنعة لا حقيقية.

ومن ثم تلقى هذه المادة ظلالها حتى في الأوضاع الطبيعية التي لا تخالطها مخاطر أيا كان نوعها. وبها يكون رئيس الجمهورية شبيها بالقلاع التي يتعذر اقتحامها. يؤيد ذلك، ما وقع من تمرد من بعض فرق الجيش الفرنسي في الجزائر. فقد أعلى هذا التمرد من قدر رئيس الجمهورية بعد أن واجهه بنص المادة ١٦ من الدستور التي أفاد رئيس الجمهورية من تطبيقها في توكيد سلطته أكثر من إسهامها في اقماع التمرد، ورد الأمور إلى نصابها. ذلك أن هذا التمرد كان خائبا، مفتقرا إلى أغلبية شعبية تؤازره؛ وإلى قوة كافية تؤيده.

وكان منطقيا بالتالي أن يصير منتهيا بعد فترة لا تزيد عن أربعة أيام من وقوعه.

ولعل أسوأ مضار المادة ١٦ من الدستور، أنها لا تمهد فقط للسلطة الشخصية، أو تسهل إغراءاتها، أو توفر أسبابها، ولكنها كذلك تكرسها وتحيلها نمطا ثابتا للحياة اليومية، ونهجا مضطردا في بناء مراكز للقوة لا يحميها الدستور؛ وإنما يعتصم بها رئيس الجمهورية ليجد في كنفها الوسائل الكافية لإنهاء كل صراع داخلي بين سلطتين سياسيتين، ولو كان هو إحداهما.

وإذا جاز لرئيس الجمهورية أن يباشر في إطار نص المادة ١٦ من الدستور سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، خطيرة في نتائجها، عميقة في حصادها. فذلك بافتراض استخدامها في الأغراض التي رصدها الدستور عليها.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يتخذ من مجرد تدوينها في الدستور، مبررا لسحبها إلى أوضاع لا تسعها، وليس لها شئ من خصائص الضرورة الملجئة ومتطلباتها القاهرة؛ كحل أزمة سياسية داخلية تتكفل الوسائل القانونية المعتادة بفضها.

ولئن قيل قديما بأنه كلما كان الناس أكثر تسليحا، كلما كانوا أقل ميلا إلى استخدام أسلحتهم. Plus les hommes sont armés, est moins qu` ils sont tentés d`user leur armes. إلا أن هـــذا القول لا يستقيم فى إطار نظم ديموقراطية تقوم فى جوهرها على الحوار، والتفاهم، وقوة الإقنــاع بالكلمة، فلا يفرض أحد على غيره إرادة من أعلى، ولو توهم صدارتها.

المبحث الخامس
نص المادة ٧٤ من الدستور المصرى وصلتها بقيم الشرعية في مدارجها العليا

٥٤٣- تنص المادة ٧٤ من هذا الدستور، على أنه إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنيـــة، أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى، كان لرئيس الجمهوريـــة أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من تاريخ اتخاذها.

وظاهر من نص هذه المادة، أنها مستوحاة من المادة ١٦ من الدستور الفرنســـى، إذ هـــى الوجه المقابل لها فى دستور مصر. وهى بذلك تطرح عيوبها، وأهمها اتساع عباراتها وتميعـــها، وغموض صياغتها وتعدد تأويلاتها، وعلى الأقل من جهة نوع ونطاق المخاطر التى يتدخل رئيس الجمهورية بمناسبتها، لاتخاذ التدابير التى يملكها وفقا لنص المادة ٧٤ المشار إليها.

٥٤٤- ولعل أبرز مساوئها:

أولا: أن حكمها لا يقيد رئيس الجمهورية بأخذ رأى جهة سياسية أو قانونيـــة -أيـــا كـــان موقعها- فيما يراه من التدابير قبل اتخاذها. وهي لا تعطي المحكمة الدســـتورية العليـــا -علـــي الأخص- دورا استشاريا في شأن هذه التدابير قبل تطبيقها، وإن كان لها بطبيعة الحال أن تفصـــل في دستوريتها بعد صدورها إذا كان لها شكل القواعد القانونية.

ثانيا: كذلك ليس فى نص المادة ٧٤ ما يكفل انعقاد السلطة التشريعية بقوة القانون، ولا مـــا يمنع رئيس الجمهورية من حلها إنهاء لوجودها إبان مباشرته لسلطاته الاستثنائية التـــى يؤسســـها على نص الماد ٧٤ المشار إليها.

وهى بذلك سلطة عريضة فى اتساعها، مترامية فى أبعادها، عميقة أغوارها، خطيرة فـــى آثارها.

ولا يعتبر الاستفتاء المنصوص عليه فى المادة ٧٤ من الدستور قيدا حقيقيا عليها.

ذلك أن نص هذه المادة، وإن ألزم رئيس الجمهورية بعرض التدابير التي اتخذها على المواطنين لاستفتائهم في القبول بها أو برفضها، إلا أن الاستفتاء فى الدول النامية، كان دائما تعبيرا هوجائيا عن إرادة المواطنين الذين يعطون أصواتهم للتدابير التى يعرضها عليهم رئيس الجمهورية بغير بيان كامل يحيطهم بحقيقة مضمونها؛ ونطاق الآثار القانونية التى ترتبها وتؤشر فى أنماط حياتهم.

فلا يكون قبولهم بها بعد إدراكهم لحقيقتها، مما يثير شكوكا جوهرية حول حقيقة رضائهم عنها.

ثالثا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور لا يخول رئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة أية مخاطر من شأنها الإخلال بتعهداتها الدولية -ولو كان من بينها ما يتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية- والتى ما توخى التصديق عليها، أو الانضمام لها ونشرها في الجريدة الرسمية، غير تطبيقها فى النطاق الداخلى.

كذلك فإن من صور التعاهد الدولى ما يتعلق بالعلائق بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون النكول عن تنفيذ المعاهدة أو وقفها بصفة مؤقتة أو إلغاؤها بعمل منفرد غير تقرير لمسئوليتها قبل الدول أطرافها.

وقد يثير الإخلال بصور التعاهد هذه، أشكالا من الصراع بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون توقيها بكل الوسائل، غير ضرورة يقتضيها ضمان استقلال مصر وتكامل إقليمها.

رابعا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور يجيز التدخل بالتدابير الاستثنائية كلما قام خطر يهدد الدولة سواء تعلق بالوحدة الوطنية لشعبها، أو بسلامتها أو بتعويق مؤسستها عن أداء دورها المقرر دستوريا.

بما مؤداه من ناحية جواز التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة كل خطر أيا كان مداه، ولو لم يكن هذا الخطر جسيما ومباشرا؛ وهما شرطان تطلبتهما المادة ١٦ من الدستور الفرنسى فى مجال تحديدها لنوع المخاطر التى تستنهض تطبيقها.

وكذلك فإن مفاد نص المادة ٧٤ من دستور مصر، أن كل خطر يتعلق بالوحدة الوطنية، أو بسلامة الوطن، يعتبر كافيا لاتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهته، ولو لم يكن من شأن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.وهو ما يناقض نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التى لا تكتفى فى تطبيقها بوقوع مخاطر جسيمة ومباشرة يتهدد بها استقلال الجمهورية أو تكامل إقليمها أو تنفيذها لمتعهداتها الدولية، بل يتعين كذلك -وكشرط إضافى- أن يكون هذا التهديد، مؤديا إلى انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.

خامسا: أنه بينما حرص نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى على أن يحدد الأغراض التى لا يجوز أن تميل عنها التدابير الاستثنائية التى يتخذها رئيس الجمهورية، فحصرها فى تلك التى تعود بها كل سلطة دستورية عامة -ودون ما إبطاء- إلى مباشرة وظائفها؛ فإن نص المادة ٧٤ من دستور مصر خلا من كل تحديد للأغراض النهائية التى يتعين أن يلتزمها رئيس الجمهورية فى مباشرته لسلطته الاستثنائية المقررة بموجبها.

سادسا: وأيا ما كان الأمر، فإن السلطة الاستثنائية التى يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، لا مقابل لها فى الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١، وإن كانت تعمل فى إطار الحقوق العريضة التى خولها هذا الدستور لرئيس الجمهورية، والتى يندرج تحتها نص المادة ٧٣ من الدستور -التى تمهد للمادة التى تلتها- فيما تقرره من أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، وأنه مسئول عن السهر على توكيد سيادة شعبها، وحماية وحدته الوطنية، والعمل على احترام الدستور وسيادة القانون.

ومن ثم تعمل هاتان المادتان فى إطار منظومة متكاملة غايتها تعظيم دور رئيس الجمهورية، باعتباره محور الدولة يرأسها، ويحفظ كيانها ويصون وحدتها، فى إطار من الدستور وسيادة القانون.

سابعا: وفى إطار نص مهلهل كنص المادة ٧٤ من الدستور، يتعين أن يرتبط تطبيقه بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن المخاطر التى تستنهض تطبيقها، يتعين أن تكون جسيمة فى نوعها، عريضة فى آثارها، فلا ينتحلها رئيس الجمهورية أو يتوهمها.

٢. أن لجوء رئيس الجمهورية إلى سلطته الاستثنائية لرد هذه المخاطر، يفترض أن تقصر الوسائل القانونية المعتادة عن مواجهتها.

٣. يتعين أن تكون التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، ملجئة في دواعيها موقوتة فى زمنها؛ مقيدة بالأغراض التى تستهدفها؛ وقائمة على المفاضلة بين صونها لحقوق الأفراد وحرياتهم. فلا تصدر هذه التدابير عن الأهواء الشخصية، ولا تتمحض إسرافا في اللجوء إلى القوة من خلال تدابير قمعية لا ضرورة لها.

٤. يتعين النظر إلى المخاطر التى يتدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها بالتدابير التى يتخذها، على أنها من طبيعة استثنائية مردها إلى جسامتها، وتعذر التحوط لها قبل طروئها.

ولا كذلك ما يكون مألوفا من المخاطر، ولا ما يكون وقوعها تخيلا أو تجسيما لها. وتبطل بالتالي التدابير التي يتوقي بها رئيس الجمهورية، مواجهة مخاطر لا تزيد فرص تحققها على مجرد الاحتمال. وإنما يتعين التيقن من قيام هذه المخاطر بما يؤكد أو يرجح وقوعها، ويظهرها في ثوبها الحقيقي كمخاطر داهمة تؤثر بصورة عميقة في الأوضاع القائمة، كصراعٍ مرير بين فرق من الجيش، أو نزاع عريض فيما بين المواطنين يتصل بعقائدهم الدينية بما يهدد الوحدة الوطنية.

٥. لا يجوز أن تنفصل التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية، عن نوع المخاطر التى تواجهها. ذلك أن هذه التدابير من طبيعة استثنائية. ويتعين أن تقابل مخاطر من جنسها. ولا يعتد بالتالى فى تحققها أو تخلفها، بمعايير شخصية. وإنما تشكلها ضوابط موضوعية، أهمها قدر حدتها، وتأثيرها المباشر على الأوضاع القائمة تغييرا لها أو انقلابا عليها.

وبتعبير آخر لا تتحقق الصلة بين الأوضاع الاستثنائية التى أفرزتها المخاطر، والتدابير التى تجابهها، إلا بشرطين:

أولهما: أن تكون هذه التدابير مستلهمة فى دوافعها حقائق هذه المخاطر ومواجهة الآثار التى ترتبها، وكافية لاقتلاع شرورها وإنهاء أزمتها بما يكفل تناسبها معها.

ثانيهما: أن تتسم التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية -فى النطاق المتقدم- بوحدة هدفها ممثلا في إعادة الأوضاع التي صدعتها هذه المخاطر، إلي حالتها الطبيعية بغير إبطاء. وجاز بالتالي فرض قيود جبرية على بعض المواطنين لتحديد إقامتهم فى غير الأحوال المنصوص عليها فى القانون؛ أو مصادرة رسائلهم أو الاطلاع عليها بغير أمر قضائى؛ وساغ أيضا إنذار كل صحيفة أو وقفها أو تعطيلها، إذا كانت تحرض على الفتنة، وتزين أفعال المتمردين وتشجعهم على العصيان.

فذلك كله مما يدخل فى نطاق التدابير الاستثنائية التى يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية، بشرط تقيدها بالأغراض التى تستهدفها هذه التدابير. فلا تكون أغراضها هذه، إلا قيدا قانونيا -لا سياسيا- عليها. فإذا جاوزها رئيس الجمهورية، كان تصرفه انحرافا خطيرا بالسلطة.

٦. يتعين أن يكون لزوال المخاطر التى واجهها رئيس الجمهورية، حدا زمنيا نهائيا للتدابير التنظيمية التى تصدر فى شكل قواعد قانونية حتى لا تتحول سلطة رئيس الجمهورية الاستثنائية -وهي موقوتة بطبيعتها- إلي سلطة دائمة.

ولا كذلك التدابير ذات الطبيعة الشخصية الاستثنائية التى تعتبر كذلك بالنظر إلى تعلقها بأشخاص بذواتهم -طبيعيين أو اعتباريين- كان لهم دور فاعل فى تأجيج المخاطر وتفاقمها وإذكاء لهيبها([1]). ذلك أن من المتصور بقاء هذه التدابير حتى بعد زوال الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها. فلا يكون الجزاء على أفعالهم، أو محاكمتهم عنها، منتهيا بانتهاء المخاطر.

٧. لئن كان قرار رئيس الجمهورية باللجوء لنص المادة ٧٤، لا يجوز أن يطرح للاستفتاء، ولا أن يراجع قضائيا باعتباره من أعمال السيادة([2])، إلا أن التدابير التى يتخذها فى نطاق هذه السلطة الاستثنائية، -وأيا كان مضمونها- لا يجوز إعفاؤها من الرقابة القضائية، سواء تعلق الأمر بالفصل فى دستوريتها أو بمطابقتها للقانون. ذلك أن هذه التدابير التى وصفتها المادة ٧٤ من الدستور <<بالإجراءات السريعة لمواجهة الخطر>>. وإن تعين عرضها على المواطنين

([1]) يتخذ رئيس الجمهورية التدابير الفردية فى مواجهة أشخاص كان لهم دور فى إذكاء الفتنة وتأجيجها والعمل على توسيع دائرتها. فلا تكون هذه التدابير غير جزاء على أفعالهم.

([2]) شأن هذا القرار فى ذلك، شأن قرار إعلان حالة الطوارئ طبقا لنص المادة ١٤٧ من الدستور، فكلاهما من أعمال السيادة.

لاستفتائهم فيها خلال ستين يوما من تاريخ اتخاذها، إلا أن هذا الاستفتاء لا يصحح عوارا أصابها، ولا يزيل سوءاتها، ولا يقلبها إلي تدابير موافقة للدستور والقانون.

ومن المفترض أن يبدأ سريان ميعاد الستين يوما من تاريخ آخر إجراء (تدبير) اتخذه رئيس الجمهورية لمواجهة الخطر، إذ لو قيل بعرض هذه التدابير على المواطنين -واحدا واحدا- لاستفتائهم فيها، لوقع الاستفتاء فى شأن كل تدبير على حدة، وهو مالا يتصور لأمرين:

أولهما: أن إجراء الاستفتاء أكثر من مرة، صعوبة عملية تثير اضطرابا فى الحياة السياسية التى يراد إعادتها إلى طبيعتها.

ثانيهما: أن عرض هذه التدابير فى مجموعها على المواطنين، يعطى صورة إجمالية عنها، هى التى يدخلونها فى اعتبارهم عند عرض تلك التدابير عليهم لإبداء رأيهم فيها. لا تمييز فى ذلك بين تدابير من طبيعة فردية، وتدابير من طبيعة تنظيمية لها خصائص القواعد القانونية.

ذلك أن التدابير التنظيمية، وإن كانت أكثر خطرا من ناحية اتساع دائرة المخاطبين بها وتعدد تطبيقاتها؛ إلا أن التدابير الفردية تعتبر "إجراء" فى مفهوم نص المادة ٧٤ من الدستور. ويتعين بالتالى عرضها فى الاستفتاء بالنظر إلى عموم نص المادة ٧٤ المشار إليها التى لا يجوز تخصيص حكمها.

وما يقال عن تضاؤل أهمية التدابير الفردية، مردود بأنها قد تتناول قطاعا عريضا من المواطنين، لتصيبهم فى حرياتهم أو فى حقوقهم التى كفلها الدستور، مثيرة بالتالى غضبا قوميا عارما.

٨. وكلما رفض المواطنون التدابير التى اتخذها رئيس الجمهورية -كلها أو بعضها- بعد عرضها عليهم فى الاستفتاء، اعتبر ذلك إنهاء لآثارها من وقت اعتراضهم عليها. ويظل للمحاكم النظر في كافة الآثار المترتبة علي تطبيقها قبل رفضها في الاستفتاء، لتقدم الترضية القضائية الملائمة في شأنها إن كان لها محل.

كذلك فإن قبول المواطنين في الاستفتاء للتدابير التي عرضها عليهم رئيس الجمهورية، وإن كان يبقيها بكل آثارها ويصححها منذ صدورها، إلا أن شرعيتها لا تستقر بصفة نهائية إلا بعد أن

ترفض السلطة القضائية الطعون الموجهة إليها بعد عرضها عليها من خلال الخصومة القضائيـة. وهو ما قررته المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" مـن أن الترخيص بنص المادة ١٥٢ من الدستور لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتـها على هيئة الناخبين لاستفتائهم فيها، لا يطهرها من عيوبها، ولا يجوز أن تتـذرع بـه السلطة التنفيذية لنقض قواعد الدستور أو مخالفتها([1]). ومن ثم يظل كل عوار اتصل بهذه التدابير، كامنـا فيها حتى تفصل السلطة القضائية فى أمره([2]).

٩. تعتبر الرسالة التى يوجهها رئيس الجمهورية إلى مواطنيه فى شأن الأوضاع الاستثنائية التى يواجهها الوطن، وقدر تهديدها لوحدته الوطنية، أو إضرارها بسلامته، أو تعويقها لمؤسساته، شرطا شكليا لازما بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، مضافا إلى شرط شـكلى آخـر هـو الاستفتاء على التدابير التى قارنتها.

وهو يعلن رسالته هذه للجماهير بعد اتخاذه هذه التدابير، وقبل عرضها فى الاستفتاء، حتـى تكون على علم بها قبل تقييمها لها.

ولا يجوز بالتالى أن تجهل رسالته إليها، بالصورة الحقيقية للأوضاع الطارئة، ولا أن تسقط ما هو هام من التدابير التى اتخذها؛ ولا أن تتناولها فى صورة إجمالية لا تفصح عن حقيقتها. بـل يتعين أن يكون بيانها جليا وإن لم يكن بالضرورة تفصيليا.

وإنباء رئيس الجمهورية مواطنيه بالتدابير التى اتخذها أو استفتائهم عليها، قلما يكون مفيـدا فى كبح سلطاته الاستثنائية أو تقييدها. ذلك أن رسالته إليهم قد تجسم المخاطر بما يبعد بها عـن حقيقتها. وهى تصور التدابير التى اتخذها لمواجهة الخطر، بما يهون من شأنها، ويقلل من وطأتها حتى لا تظهر فى كامل أبعادها. وقد يصوغ هذه الرسالة على نحو يحمل معانيها بأكثر من تأويل. وكثيرا ما يوجزها لإخفاء حقائق لا يريد الإعلان عنها. وهى بعـد تدابيـر لا تراقبـها السـلطة القضائية -غالبا- إلا بعد اكتمال تنفيذها واستنفادها لأغراضها، فلا يكون أمام المضرورين منـها غير الحق فى التعويض عنها.

([1]) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة فى ٢١ يونيو ١٩٨٦. ونشر فى ٣٥٢ من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة؛ أنظر كذلك مصطفى أبو زيد فهمى-الدستور المصرى- منشأة المعارف ١٩٨٥- ص ٤٢٢.

([2]) محكمة القضاء الإدارى- الدعوى ١٦٥٧ لسنة ٣٦ ق الصادر عنها فى ٢٩ يونيه ١٩٨٢.

١٠. وما يقال عن أهمية الاستفتاء وضرورته لإضفاء الشرعية على التدابير التى اتخذهـــا رئيس الجمهورية، مردود بأن الاستفتاء عليها فى الدول النامية لم يسفر يوما عن رفضـــها. فـــلا يتمحض إلا عن قبول مطلق لها، ولو بتحوير إرادة هيئة الناخبين من خلال تحريفها.

ومن ثم ينحل -فى ظاهره- إلى تفويض مطلق لرئيس الجمهورية فـــى مباشـــرة ســـلطاته الاستثنائية، وكأن المواطنين يمهرونها بخاتمهم. وتلك صورة خادعة من الإجازة غير المشـــروطة التى لا يرد قيد عليها.

١١. لا يجوز النظر إلى أثر المخاطر باعتباره منفكا عن وجودها؛ ولا اللجوء لنص المـــادة ٧٤ من الدستور توقيا لمخاطر يحتمل وقوعها.

ذلك أن تطبيقها مشروط بحلول المخاطر لا بتراخيها. فإذا لم يكن الخطر حالا ومباشرا؟ أو كان محدود الأثر؛ أو كان غير متعلق بالمصالح التى حصرتها وكفلتها المادة ٧٤ من الدستور([1])، بطل التذرع به لتطبيقها.

١٢. لا يجوز أن تصل التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية -فى مداها- إلى حد تعديـــل قواعد الدستور بما يغير بنيانها.

ذلك أن تطبيق نص المادة ٧٤، يفترض طروء عارض على الدولة يختل به نظامها محـــددا على ضوء قواعد الدستور المعمول بها. فإذا تدخل رئيس الجمهورية لتحوير قواعد الدستور عـــن طريق تعديلها، كان ذلك انحرافا عن هذه القواعد التى تعتبر الإطار الوحيد للشرعية الدســـتورية، والتى ما تدخل رئيس الجمهورية أصلا لصونها، إلا من خلال نص فى الدستور هو نص المـــادة ٧٤.

كذلك ليس من شأن التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى إطار نص المـــادة ٧٤ مـــن الدستور، الإخلال بالقيم الجوهرية التى يحتضنها الدستور، والتى يندرج تحتها افتراض الـــبراءة، ومبدأ شخصية العقوبة؛ وامتناع افتراض المسئولية الجنائية؛ أو تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعـــى؛

([1]) هذه المصالح هى ضمان الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لدورها الدستورى.

أو بغير قانون أو دون مراعاة حدوده؛ أو حظر تفريد العقوبة بما يحتم توقيعها بآلية صماء لا تأخذ في اعتبارها أوضاع المذنبين وظروفهم لتصبهم في جمود قوالبها وكأنهم لا يختلفون فيما بينهم.

ويناقض هذه القيم كذلك كل عدوان على الحق في الحياة؛ أو إهـدار حريـة العقيـدة؛ أو الإخلال بالحق في الدفاع؛ أو حمل الشخص على أن يشهد بما يدينه؛ أو انتزاع أقواله التي لا يريد الإفصاح عنها؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ أو تقييد حريته بغير حـق، أو الحط من كرامته؛ أو تعذيبه؛ أو توقيع عقوبة عليه تكون ممعنة في قسوتها، أو مجاوز في شذوذها كل منطق؛ أو التمييز بين المواطنين دون مبرر في مجال تطبيق التدابير الاستثنائية المنصـوص عليها في المادة ٧٤ من الدستور؛ أو مصادرة أموالهم بما يسعها في كل مفرداتـها؛ أو عزلـهم سياسيا عقابا لهم على دورهم في إيقاد جذوة المخاطر، أو التمهيد لها أو الحض عليها؛ أو إبعادهم عن مصر أو منعهم من العودة إليها.

ومرد ذلك أن هذه القيم الجوهرية لها من رسوخها واستقرارها في الضمير الجمعي وفـي الدول الديمقراطية جميعها، ما يؤكد ثباتها واطراد تطبيقها.

وهي كذلك وثيقة الصلة بآدمية الفرد وكرامته، وهي الأصل في كافـة حقوقـه وحرياتـه. وعلوها على الدساتير لا يقبل جدلا. وإطلاقها يحول دون تقييدها.

ولأنها –فوق ما تقدم– من الحقوق الطبيعية الأسبق وجودا من انخراطهم في أية صورة من صور التنظيم الاجتماعي –بدءا من الأسرة وانتهاء بالدولة– فلا يجوز النزول عنها أو تحريفها.

١٣. يتعين دوما أن ترتبط التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية –عقلا– بأهدافـها، وأن يكون التدخل بها دون إبطاء، وإلا استفحل الخطر وتعاظم مداه.

١٤. ليس في نص المادة ٧٤ من الدستور، ما يعطل أو يقيد سلطة البرلمان، بشرط ألا يخل تدخله بانفراد رئيس الجمهورية بالسلطة الاستثنائية التي يتلقاها مباشرة من نص هذه المادة ذاتها.

وليس للبرلمان بالتالي أن ينازع رئيس الجمهورية في تقديره تحقق المخاطر التي تستنهض تطبيقها أو تخلفها؛ وما يكون ملائما من التدابير لمواجهتها.

ولا يتصور بالتالى أن يباشر البرلمان دورا تشريعيا أو رقابيا فى كيفية استخدام رئيس الجمهورية لسلطته الاستثنائية، إلا بعد زوال المخاطر من منبتها. واقتلاعها من جذورها. ذلك أن اجتثاثها يعيد الأوضاع إلى حالتها السابقة على نشوئها. ويرد إلى البرلمان كامل ولايته التى قيدتها السلطة الاستثنائية التى باشرها رئيس الجمهورية إبان قيام المخاطر.

وللبرلمان بالتالى أن يعيد النظر فى كافة التدابير التى اتخذها، وأن يعمل على تقييمها من منظور موضوعى، ولو اقتضاه ذلك إلغاءها أو تعديلها.

١٥. يتعين التمييز بين ما يعتبر من التدابير تنظيمها أو فرديا على ضوء معيار موضوعى يعتد بمادتها أو موضوعها.

فما يتخذ منها شكل القواعد القانونية فى عمومها وتجردها، يعتبر إجراء تنظيميا.

وما يتعلق من صورها بمراكز ذاتية، يعامل باعتباره إجراء فرديا.

ذلك أن نص المادة ٧٤ من الدستور يركز السلطة ويدمجها فى شخص رئيس الجمهورية. وهو يصدر التدابير جميعها. فلا يكون تطبيق المعيار الشكلى بشأنها للتمييز بين ما يكون منها تنظيميا أو فرديا، متصورا، إذ يعتد هذا المعيار -وفى مجال هذا التمييز- بالجهة التى صدر عنها الإجراء، وهى فى هذا الفرض جهة واحدة، هى السلطة التنفيذية التى يأتى رئيس الجمهورية فى قمتها.

١٦. أن التظلم من التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، مقصور على محكمة القيم عملا بنص المادة ٣٤ من قانون حماية القيم الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١([1]).

ولا يعتبر هذا التظلم -وعلى ما قررته المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية "تنازع"([2])- تظلما إداريا، وإنما ينحل إلى خصومة قضائية بمعنى الكلمة عهد المشروع

([1]) أضاف هذا القانون إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب، بندا جديدا برقم خامسا، مقتضاه اختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقا لنص الماد ٧٤ من الدستور.

([2]) صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في جلستها المعقودة فى ١٩٩٢/٣/٧ -قاعدة رقم ٧- ص ٤٢٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بالفصل فيها إلى محكمة القيم استثناء من أصل خضوع المنازعات الإدارية جميعها لمحاكم مجلس الدولة التى تختص أصلا بالفصل فيها بوصفها قاضيها الطبيعى.

ومن البدهى، فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم، يتعلق بحلول محكمة القيم محل محاكم مجلس الدولة فى الفصل فى أنواع من المنازعات الإدارية، هى التى تتعلق بمشروعية كل إجراء يصدر عن رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور إذا تمحض هذا الإجراء قرارا إداريا. فإذا كان قرارا تنظيميا عاما، تمحض عن قواعد قانونية تتولى المحكمة الدستورية العليا -دون غيرها- الفصل فى دستوريتها وفقا لقانونها([1]).

([1]) على أن محكمة القيم تظل محكمة موضوع. ومن ثم ينحصر دورها -إذا ما عرض عليها نزاع يتعلق بأحد التدابير التنظيمية التى اتخذها رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤من الدستور- فى أن تقدر جدية الدفع بعدم دستوريته، وأن تحيل بعد ذلك النصوص المطعون عليها إلى المحكمة الدستورية للفصل فى دستوريتها إذا قدرت جدية هذا الدفع، أو أن ترخص للخصم برفع الدعوى بذلك إلى المحكمة الدستورية العليا (أنظر رسالة الدكتوراه للأستاذ سمير على عبد القادر وموضوعها السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية. وكذلك رسالة الدكتوراه للأستاذ وجدى ثابت غبريال فرج وموضوعها سلطات رئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصرى والرقابة القضائية عليها).

الفصل الثانى
السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفى

المبحث الأول
علتها

٥٤٥- تقول المحكمة الدستورية العليا([1])، إن المصالح المعتبرة شرعا هى التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة الإسلامية، متلاقية معها. وهى بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد -مضمونا ونطاقا- على ضوء أوضاعها المتغيرة. وكثيرا ما كان الصحابة والتابعون يشرعون أحكاما لا دليل على اعتبارها أو إلغائها، متوخين بها مطلق مصالح العباد، جلبا لنفعهم، أو دفعها لضرهم، أو رفعا للحرج عنهم. وهم يصدرون فى ذلك عن قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج" "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" "وما جعل الله عليكم فى الدين من حرج"؛ وكان ذلك مؤداه أن الناس لا ينبغى أن تنتظمهم قواعد موحدة تحكمهم فى كل أحوالهم و أوقاتهم؛ وأن عسرهم يفضى إلى تقرير قواعد تيسر عليهم، ولا تزيد من مشقتهم؛ وأن تكليفهم بما فى وسعهم، صون لحدود الاعتدال التى يناقضها إيقاعهم فى الحرج، أو الحمل عليهم لإرهاقهم؛ وأن المؤمنين على ضوء ما تقدم، رحماء بعضهم لبعض لا يتناحرون إفكا، ولا ينقلبون بغيا، ولا يفاضلون بين أمرين إلا باختيار أهونهما ما لم يكن إثما حتى لا يضلوا بأهوائهم.

وحق القول بأن أحوال الناس فى ضيقهم، تفارق أحوالهم فى سعتهم؛ وأن القواعد التى تحكم ظروفهم الطبيعية، غير تلك التى تنظم أحوالهم الضاغطة؛ وأن ما يجوز عند الضرورة، يكون محظورا حال زوالها؛ وأن المخاطر التى تحدق بهم لا يجوز أن تتفاقم أضرارها؛ وأن مواجهتهم لها، ضمان لحصر شرورها؛ وأن تسلبهم من السيطرة عليها، مؤد لاتساع دائرتها؛ وأن ما يجوز لهم أن يأتوه فى حياتهم اليومية برتابتها وسكينتها، ينبغى أن يتجنبوه إذا دهمهم الخطر وأحاط بالدولة التى تضمهم إليها.

([1]) القضية رقم ٥ لسنه ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/١/٦- قاعدة رقم ٢٠ -ص ٣٤٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ذلك أن إفزاعهم يثير اضطرابها ويبدد هدوءها. ولأنهم يلوذون بها، فإن عليها أن تعتصم بعناصر القوة التى تملكها، وأن توجهها لصون مصالحهم الحيوية التى اقتحمها الخطر، وهددها.

وعناصر القوة هذه، هى سلطاتها الاستثنائية التى ترد بها عنها مخاطر دهمتها، أيا كان مصدرها أو سببها. فجميعها سواء فيما تلحقه بها من مضار لا يستهان بها، وتصل فى عمقها إلى حد الإخلال بوحدة شعبها، أو بتكامل إقليمها، أو بغير ذلك من ركائز بنيانها.

ومن ثم تمتاز هذه المخاطر بثقل وطأتها؛ وبتعذر توقعها؛ وبحلولها لا بتراخيها؛ وبإخلالها المباشر بمصالح لا يجوز النزول عنها، أو التضحية بها، لاتصالها -فى واقعها- بوجود الدولة فى ذاته؛ أو بمتطلباتها فى الأمن والاستقرار؛ أو بحاجتها إلى المضى قدما فيما يعود بالنفع العام على مواطنيها.

ومن ثم كان إطلال هذه المخاطر، مقتضيا دفعها بالوسائل التى تناسبها، والتى تتهيأ بها فرص إجهاضها . فلا تكون هذه الوسائل هى ذاتها التى تلتزمها الجماعة فى ظروفها الطبيعية التى قد تلابسها أحيانا مخاطر محدودة آثارها لا تتعثر بها حياتها.

وإنما هى المخاطر الملتهبة التى تعسر أمرها، فلا تندها غير طرائق توازيها فى حدتها، لتصيبها فى جذورها ومنابتها بقصد اقتلاعها.

ولا يتصور بالتالى أن تتراخى تلك التدابير لتفقد بأسها، ولا أن تكون هوانا بما يضعفها. ذلك أن مواجهتها لمخاطر وخيمة عواقبها، عريضة آثارها، شرطها فعاليتها فى دفعها؛ وحزمها فى سرعتها؛ وحسن توقيتها لإجهاضها. فلا يكون اللجوء إلى مثل هذه التدابير غير خروج محدود على الشرعية الدستورية فى تطبيقاتها المطردة التى تقيم للدولة القانونية ركائزها التى حددتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

<<إن نص الدستور فى المادة ٦٥ على خضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هى التى تتقيد فى كافة مظاهر نشاطها -وأيا كان نطاق سلطاتها أو طبيعتها- بقواعد قانونية تعلو عليها، وتكون بذاتها ضابطا لتصرفاتها وأعمالها فى أشكالها المختلفة.

ذلك أن السلطة -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لم تعد امتيازا شخصيا لأحـــد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها. ولئن صح القول بأن حد مشروعية السلطة، أن تكـون وليدة الإرادة الشعبية وتعبيرا عنها، إلا أن انبثاق هذه السلطة عن تلك الإرادة وارتكازها عليـــها، لا يفيد بالضرورة أن من يمارسها غير مقيد بقواعد قانونية تكون عاصما من جموحها، وضمانـــا لردها على أعقابها هى جاوزتها>>.

<<وكان حتما بالتالى أن تقوم الدولة القانونية فى مضمونها المعاصر -وعلى الأخص فـــى مجال توجهها نحو الحرية- على مبدأ مشروعية السلطة مقترنا ومعززا بمبدأ الخضوع للقـــانون، باعتبارهما مبدأين متكاملين لا تقوم بدونها الشرعية الدستورية فى أكثر جوانبـــها أهميـــة؛ ولأن الدولة القانونية هى التى يتوافر لكل مواطن فى كنفها، الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياتـه، ولتنظيم السلطة وممارستها فى إطار من المشروعية. وهى ضمانه تدعمها السلطة القضائية مـــن خلال استقلالها وحصانتها، لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل عمل، وحدا لكل سلطة، ورادعا ضد العدوان وفى هذا الإطار، لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التى توفرهـــا لحقـــوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها التى تقبلها الدول الديموقراطية بوجه عـــام؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها، قيودا تكون فى جوهرها أو مداها، مجافية لتلك التى درج العمل فى الدول الديموقراطية على تطبيقها.

بل إن خضوع الدولة للقانون -محددا على ضوء مفهوم ديمقراطـــــى- مـــؤداه ألا تخـل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديموقراطية، مفترضا أوليا لقيـــام الدولــة القانونية، التى تسمو فيها القاعدة القانونية عليها، وتتقيد هى بها([1])>>.

تلك هى الدولة القانونية بمقوماتها التى حددتها المحكمة الدستورية العليا. وتظل لهذه الدولــة مقوماتها هذه -فى جوهرها- ولو واجهتها أوضاع استثنائية من جراء خطـــر فـــاحش يرهقـــها ويعتصر مصالحها الأساسية. إذ يقتصر دورها على أن ترد هذا الخطر عنها من خلال تدابير لها من مرونتها وسرعتها ما يؤكد فعاليتها؛ ومن تقيدها بالأغراض المنطقية التى تستهدفها، ما يـــبرر مشروعيتها؛ ومن ملاءمتها لاقماع المخاطر التى تطل عليها، ما يكفل إعتدالها وتناسبها معها.

([1]) القضية رقم ٢٢ لسنه ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤ -ص ٨٩ وما بعدها مـــن الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا تكون هذه التدابير غير وسائل قانونية فى أسسها ودوافعها. وتلك هى الشرعية الاستثنائية التى تظل مع اتساع وعمق التدابير التى تتخذ فى نطاقها، نظاما قانونيا كفل الدستور أصله، وحدد القانون الضوابط التى يقوم عليها([1]) وليس لرئيس الجمهورية بالتالى أن يتذرع بأوضاع طارئة –أيا كان قدر حدتها وعصفها بالحقوق– ليباشر بسببها سلطة مطلقة لا عاصم منها، ولا قيد عليها.

ذلك أن انفلاتها من كوابحها مؤداه مجاوزتها حدود القانون، وانحرافها عن أهدافها، وإخلالها كذلك بالقيم الجوهرية التى احتضنها الدستور، كافتراض البراءة، وكالحق فى التداعى، وفى مباشرة الدفاع، وفى مواجهة الشهود؛ وفى إنهاء القيود غير المبررة على الحرية الشخصية.

وتظل الشرعية الدستورية بضوابطها فى الأوضاع الطبيعية، هى الإطار العام للتدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى الأوضاع الاستثنائية، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة، مردها أمر عارض تقوم به رخصة دفع المخاطر توقيا لحرج تفاقمها واتساع دائرتها، إن لم تواجه بما يلزمها من التدابير؛ وبمراعاة أن حق الدولة فى مباشرة رخصها لا يقل فى وجوبه عن مباشرتها لعزائمها؛ وأن رخصها يخولها التدخل عند الضرورة لرد المخاطر عنها، من خلال تدابير تزيد وطأتها ودائرتها على تلك التى تركن إليها فى أحوال يسرها.

ومن ثم تعتبر الضرورة عذرا مانعا من تطبيق القواعد المعتادة للشرعية الدستورية. وهو عذر يزول بزوال الضرورة. ذلك أن ما جاز لضرورة يبطل بزوالها.

كذلك فإن صدور التدابير بقدر الضرورة التى تطلبتها، مؤداه أن دفع مخاطر الحالة الطارئة وإن كان واجبا، وكان بقاؤها يعد إهمالا لا يجوز الوقوع فيه، إلا أن تزاحم الأضرار على محل واحد، يقتضى القبول بأهونها توقيا لأفدحها؛ والتحمل بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

والدولة بذلك، توازن بين التدابير المختلفة حال تعارضها فيما بينهما، فلا تختار غير أصونها للحقوق، وأقلها تقييدا للحرية، ودون الإخلال بحق المضرورين من هذه التدابير فى طلب التعويض عنها.

([1]) "المحكمة العليا" الدعوى رقم ١٢ لسنه ٥ قضائية –جلسة ١٩٧٦/٤/٣– من مجموعة الأحكام والقرارات التى أصدرتها المحكمة العليا.

فلا تكون التدابير التى تتخذها الدولة لرد المخاطر الوخيمة عنها، غير تدابير واقعـــة فـــى نطاق الضرورة التى أجازتها، فلا تزيد على هذه الضرورة، وإنما تناسبها فى قدرها.

المبحث الثاني
الحالة الطارئة من حيث مداها

٥٤٦- وفى إطار منظومة التدابير الاستثنائية التى يملكها رئيس الجمهورية وفقا للدستور، جاء نص الماد ١٤٨ منه التى تخول رئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون، على أن يعرض هذا الإعلان وجوبا على السلطة التشريعية خلال الخمسة عشر يوما التالية لتقرر ما تراه بشأنه. وفى حال حلها يعرض رئيس الجمهورية هذا الإعلان عليها في أول اجتماع لها. ويتعين فى جميع الأحوال أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا يجوز مدها إلا بموافقة السلطة التشريعية.

٥٤٧- وسواء تعلق الأمر بالتدابير الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، أم بتلك التى كفلتها المادة ١٤٨، فإن هذه التدابير ترتبط فى مضمونها ومداها، بنوع المصالح التى تحميها، ودرجة الخطر التى تهددها. وقد تبلغ أهمية هذه المصالح حدا يحمل الدستور على بيانها حصرا، فلا يجوز التدخل لحماية غيرها.

كذلك فإن حصر هذه المصالح أو إحصاءها، يفيد بالضرورة تحديد الأغراض التى تستهدفها التدابير التى يتدخل بها رئيس الجمهورية لصونها.

ولا كذلك أن يتجاهل الدستور تحديد المصالح التى تصونها السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من كل إخلال بها، ولا أن يفوض الدستور المشرع فى بيانها بما يطلق يده فى مجال تحديدها، ويبسطها فى الأعم من الأحوال ممالأة لرئيس الجمهورية ولدعم نفوذه، بما يؤثر سلبا على طبيعة النظم القائمة فى الدولة، وأوجه اتفاقها أو اختلافها مع الخصائص الديموقراطية.

٥٤٨- ويبدو ما تقدم جليا بمقارنة المادتين ٧٤ و١٤٨ من دستور مصر التى تتعلق أولاهما بأزمة عاصفة تحيط بالدولة من جراء خطر حال أحدق بها؛ وثانيتهما بحالة الطوارئ L'etat d'urgence التى اقتصر الدستور على بيان الخطوط العريضة التى تحكمها. وذلك الدستور غاير بين هاتين المادتين من النواحى الآتى بيانها.

١. أن أولاهما قاطعة فى بيانها لنوع المصالح التى يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتـها. ولا كذلك ثانيتهما التى جهل الدستور من خلالها بالمصالح التى تحميها حالة الطوارئ بعد إعلانها([1]).

٢. أن التدابير التى يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدسـتور، تنحصر فى تلك التى تكفل مواجهة المخاطر التى تتهدد بها المصالح التـى عينتـها. ولا كذلـك التدابير التى يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها فى نطاق نص المادة ١٤٨ من الدستور. ذلـك أن دائرة هذه التدابير أو إطارها العام، يحددها المشرع. وهو يحدد كذلك نوع المصالح التى تتدخـل هذه التدابير لصونها. ولا يتقيد رئيس الجمهورية -عملا بنص المادة ١٤٨ من الدستور- بغـير بيان الفترة الزمنية التي تبقي الحالة الطارئة خلالها، وبعرض قـراره بإعلانـها علـى السـلطة التشريعية فى الآجال التى حددتها المادة ١٤٨ المشار إليها([2]).

٣. أن السلطة التى يملكها رئيس الجمهورية لرد المخاطر التى تستنهض تطبيق المـادة ٧٤ من الدستور، يتلقاها مباشرة من نصها.

فإذا تعلق الأمر بإعلان الحالة الطارئة، فإن نص القانون هو المصدر المباشر للأوامر التى يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التى تتعلق بهذه الحالة.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بمواجهة المخاطر التى تهدد المصالح التى حددتها المادة ٧٤ من الدستور حصرا، وكذلك قراره بإعلان حالة الطوارئ عملا بنص المادة ١٤٨ من الدسـتور، يبسطان سلطة الردع التى يخولانها إياه. والقراران كلاهما من أعمال السـيادة التـى لا تجـوز مراجعتها قضائيا.

([1])، المصالح التى تحميها المادة ٧٤ من الدستور، هى تلك التى تتعلق بضمان الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أداء مؤسسات الدولة لدورها الدستورى. فكل خطر يهدد إحدى هذه المصالح، يخول رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ولا كذلك نص المادة ١٤٨ مـن الدسـتور التـى تخـول رئيـس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون. وفى ذلك تفويض من الدستور للمشـرع فـى بيان المصالح التى يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها من خلال حالة الطوارئ التى يعلنها.

([2]) يعرض رئيس الجمهورية قراره بإعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التاليـة، ليقرر ما يراه فى شأنها. فإذا كان المجلس منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له.

ولا كذلك التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى إطار هاتين المادتين. ذلك أن خضوعها للرقابة القضائية لا شبهة فيه، وعلى الأخص من جهة الآثار التى ترتبها هذه التدابير فى شـــأن حقوق الأفراد وحرياتهم انقلابا عليها؛ وإهدارا لضماناتها المنصوص عليها فى الدستور.

المبحث الثالث
الخطوط العريضة للحالة الطارئة

٥٤٩- النصوص القانونية المنظمة للأحكام العرفية -التى تقوم حالة الطوارئ محلها اليوم([1])- مرددة بين الدستور والقانون. ذلك أن الدستور لا يحيط بكل تفصيلاتها، وإنما يقتصر على بيان العريض من خطوطها، وعلى الأخص من جهة تحديده للسلطة التى تختص بإعلانها، وحصر سريانها فى آجال محددة لا تجاوزها.

وفيما عدا هذه الخطوط العريضة، يتولى المشرع ملء كل فراغ قصر الدستور عن سده، بما يطلق يده فى تقرير نصوص قانونية استثنائية خطيرة فى مساسها بحقوق الأفراد وحرياتهم؛ ولا يقتصر مداها على بيان نوع المصالح التى يستنهض الإخلال بها إعلان الحالة الطارئة؛ وإنما تنبسط هذه النصوص إلى حد تفصيل التدابير التى تتخذها الجهة التى عهد إليها المشرع بتنفيذها. ولا تزال حدود هذه السلطة الاستثنائية مختلفا عليها بين الدول بالنظر إلى تفاوتها فيما بينها فى موقفها من الشرعية الدستورية، وقدر حرصها على التقيد بوجه عام بضوابطها. وهو ما نراه على الأخص فى فرنسا ومصر، وهما نموذجان لدولتين تختلفان فيما بينهما فى انتهاجهما الديموقراطية أسلوبا وحيدا للحكم، وضمانا نهائيا لسيادة القانون.

المطلب الأول
الأحكام العرفية فى فرنسا

٥٥٠- تنص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى -فى عبارة مركزة - على أن يقرر مجلس الوزراء بمرسوم، إعلان الأحكام العرفية L'état de sie'ge. ولا يجوز بغير إذن من البرلمان، مد أجلها لأكثر من أثنى عشر يوما.

L'etat de siège est dècrète en Conseil dès Ministres. Sa prorogation au-dela de douze jours ne peut être autorisèe que par le parlement.

([1]) التسمية الصحيحة لحالة الطوارئ، هى حالة الاستعجال L'état d'urgence ذلك أن كل حالة تعرض للدولة، وتهددها فى مصالحها، هى من قبيل الأوضاع الطارئة عليها.

وشأن هذه المادة شأن كل السلطات الاستثنائية التى تؤدى بأثرها إلى انبساط قوة الردع التى تملكها الدولة وإلى حلول السلطة العسكرية محل السلطة المدنية فى مجال مباشرة السلطة البوليسية، وعلى الأخص فى مجال التفتيش والإبعاد -وبمد اختصاص المحاكم العسكرية إلى الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة التى يرتكبها المدنيون.

وكان إعلان الحكم العرفى يتقرر من قبل فى فرنسا بقانون يصدر خلال دور انعقاد البرلمان بقصد صون حقوق الأفراد وحرياتهم. فإذا لم يكن البرلمان منعقدا، كان رئيس الجمهورية يعلن الحكم العرفى بمرسوم يصدر بعد أخذ رأى مجلس الوزراء على أن يدعى البرلمان للانعقاد خلال يومين على ما تقضى به المادة الثانية من القانون الصادر فى ٣ أبريل ١٨٧٨.

وفى ظل الأوضاع القديمة صدر نص المادة ٣٦ المشار إليها التى نراها خطوة رجعية ترتد بها الديموقراطية إلى الوراء، ولو كان لهذه المادة جذورها فى أعماق السوابق القديمة التى لا يصححها استقرارها على نحو أو آخر، ولو جمعها نص المادة ٣٦ المشار إليها فى شكل قاعدة قانونية مجردة لها من عموم تطبيقاتها ما يكفل سريانها فى كافة أحوالها دون قيد.

وأيا ما كان الأمر، فإن للمادة ٣٦ آنفة البيان، مبرراتها المنطقية سواء من الناحية السياسية أو القانونية. فمن الناحية السياسية يفترض إعلان الحكم العرفى تحقق مخاطر فادحة Un Peril extrême داخلية أو خارجية -تنذر بآثارها الوخيمة العاقبة. وهذه المخاطر لها من طبيعتها ما يخول السلطة التنفيذية أن تعلن الحكم العرفى بقرار يصدر عنها ولا يقبل المراجعة القضائية باعتباره من أعمال السيادة. ذلك أن المقصود أصلا بإعلان الحالة الطارئة، ومواجهته مخاطر لها من طبيعتها وحدتها ما يقتضى دفعها بما يلائمها من التدابير العاجلة، وعلى الأخص إزاء ما نشهده اليوم من تفاقم صور الصراع الداخلى بين أبناء الوطن الواحد، وتنازع توجهاتهم ونزوعهم أحيانا إلى الانفصال واتساع دائرة القيم الأيدولوجية التى يختلفون عليها، وإمكان لجوئهم فى هذا الصراع إلى وسائل غير قانونية بعيدة فى مداها وآثارها. فلا يكون أمام السلطة التنفيذية -بحكم قوتها ووحدتها- غير التدخل لترد الأمور إلى نصابها بصورة مقتدرة، لا توازيها فيها السلطة التشريعية التى تنقسم كثيرا على نفسها بما يجردها من عناصر تماسكها. بل إن ترددها فى تقرير الحلول الملائمة لأوضاع حادة، يعجزها عن مواجهتها، لتحل السلطة التنفيذية محلها فيها.

وتلك آفة الديموقراطية التى لن تؤتى ثمارها دوما، إلا بشرط إنفاذ ضماناتـــها، وتقريـــر وسائل حمايتها التى تتهيأ بها فعاليتها.

ومن الناحية القانونية، فإن الدساتير فى اتجاهها إلى تقوية السلطة التنفيذية فـــى مواجهـــة البرلمان، تميل إلى تقرير النصوص القانونية التى تمنحها مركزا متفوقا. تكون به يدها هى العليا فى مقابلة المخاطر التى تهدد الدولة، ولا تتواصل بها حياتها، أو ينفرط معها نظامها. أو يختـــل معها تكامل إقليمها.

وهى تواجه هذه المخاطر بوسائلها، ولو كان ذلك عن طريق الحلول محل السلطة المدنيـــة فى مهامها، أو بمجاوزة ضوابط الشرعية الدستورية فى كثير من جوانبها.

ويقيد نص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى من حقوق المواطنين وحرياتـــهم، مـــن خـــلال السلطة الاستثنائية التى تمنحها الحكومة لتعميق تدخلها فى شئونهم. ولم تعد صيغة القانون العرفى فى فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، صيغة ملائمة مما أبدلها بإجراءات جديدة أيسر منها يندرج تحتها:

* قوانين الحالة الطارئة L'état d'urgence التى كان البرلمان يقترع عليها حتـــى العمـــل بالمرسوم الصادر فى ١٩٦٠/٤/١٥ الذى ألغى هذه الضمانة ليجعل إعلان هذه الحالة بمرســـوم يتخذ فى مجلس الوزراء على أن يقره البرلمان بعد أثنى عشر يوما من إعلانها، وبشرط أن يتعلق هذا الإعلان بمخاطر محدقة Peril immineent أو بكارثة وطنية أو بخلل خطير فى النظام العـــام. وجميعها مخاطر لا شأن للسلطة العسكرية بها، ولكنها تخول العمد اتخاذ تدابير مختلفـــة ينـــدرج تحتها الاستيلاء والتفتيش أو الاستدعاء ومراقبة وسائل الاتصال، واعتقال الخطرين وتحديد محال إقامتهم.

* قوانين الاستنفار Mise en garde التى تخول الحكومة حق اتخاذ تدابير استثنائية تعطيـــها حرية أكبر فى العمل بقصد تأمين القوات المسلحة فى تحركاتهم وحشد وحداتها.

* قوانين الدفاع Defence operationnelle du territoire [DOT]. وهى لا تتعلق بأوضـــاع استثنائية، وإنما بصورة من صور الدفاع عن الوطن فى مناطق بذواتها [DOT] بما يخول الجيش سلطات بوليسية.

وتعدد هذه القوانين مؤداه، أن تفقد المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي -وإلـــى حـــد كبـير- أهميتها؛ وعلى الأخص بعد أن قرر المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يناير ١٩٥٨ أن النـــص على هذه المادة فى الدستور، لا يبطل أو يمنع غيرها من النظم الاستثنائية التى ينشئها المشـــرع. ذلك أن سلطته فى تقرير هذه النظم، مرجعها إلى نص المادة ٣٤ من الدستور التى تفرد البرلمـــان باختصاص تقرير النصوص القانونية فى شأن الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك تحديد ضماناتـــها الجوهرية التى تصون مباشرتهم لحرياتهم العامة([1]). وهو ما نراه محل نظر، ذلك أن اختصـــاص البرلمان بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم، يفترض ألا يقيدها بتدابير استثنائية ترهقها.

المطلب الثاني
حالة الطوارئ أو الاستعجال فى مصر
L'etat dirgence

الفرع الأول
أساسها من الدستور

٥٥١- تنص المادة ١٤٨ من دستور جمهورية مصر العربية على ما يأتى:

<<يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر مـــا يراه بشأنه.

([1]) انظر فى ذلك مقالتين للأستاذ Pierre Daberies والأستاذ Jean Claude Masclet وهما منشورتان فـــى الصفحـــات مـــن ٧٧٩ إلـــى ٧٨٥ مـــن مؤلـــف عنوانـــــه: La constitution de la republic française,angbyses et commentaires 2e édition [Economica].

وإذا كان مجلس الشعب منحلا، يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له.

وفى جميع الأحوال، يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب>>.

٥٥٢- ويبين من هذا النص:

أولا: أن رئيس الجمهورية هو المختص -دون غيره- بإعلان الحالة الطوارئ أو حالة الاستعجال، كتسمية أدق. وهو لا يعلنها إلا على الوجه المنصوص عليه فى القانون. بما مؤداه أن إعلانها لا يقع إلا وفق الشرط التى يبينها، ويندرج تحتها أن إعلان هذه الحالة مقيد بطروء أحد المخاطر التى حددها المشرع حصرا، فلا تقوم حالة الاستعجال فى سواها، وإن تمتع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية عصية على الرقابة القضائية فى شأن قيام هذه المخاطر أو تخلفها، بشرط أن يتقيد بالأغراض النهائية التى يتعين أن تستهدفها هذه السلطة. فإذا استخدمها انحرافا بها عن أهدافها، بطل قرار إعلان حالة الاستعجال.

ثانيا: أن حاله الاستعجال لا تعلن إلا لفترة محددة، يجوز مدها بموافقة السلطة التشريعية. ويلاحظ هنا أن المدة المحددة التى تنص عليها المادة ١٤٨ من الدستور، غير المدة القصير أجلها، إذ تفترض المدة القصيرة، اعتدالها وخضوعها لحد أقصى يكون قريبا من بدايتها، ويعتبر نهاية زمنية لها. ولا كذلك المدة المحددة التى يكفى لتوافر شرائطها، أن تكون واقعة بين حدين زمنيين، وإن تعين أن يكونا متقاربين. ذلك أن تحديد مدتها يفترض ضيقها وليس انفراطها، وإن دل العمل على أن شرط المدة المحددة لحالة الاستعجال كقيد على جواز إعلانها، يبدو عقيما.

ذلك أن السلطة التشريعية تعمد دائما إلى مد المدة الأصلية لحالة الاستعجال قبل انتهائها، ثم مد الفترة الجديدة -وقبل انقضائها- إلى فترة تالية تتبعها فترة ثالثه ورابعة قبل أن يكتمل زمن كل منها، لتتداخل هذه المدد مع بعضها، وتتضامم حلقاتها. فلا يبدو لزمنها من نهاية؛ وكأن فترة

سريانها غير المحدودة، فرض عين على المصريين جميعا، فلا يكون لهم منها فكاكا. وهو مما نشهده في واقعنا حتى اليوم. وما ذلك إلا لأن السلطة التشريعية لا تفرض رقابتها الحقيقية على مدة إعلان حالة الاستعجال، ولكنها تبسطها تنصلا منها عن مباشرة واجباتها وفقا للدستور.

ثالثا: على رئيس الجمهورية -وخلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور قراره بإعلان حالة الاستعجال- أن يعرض هذا القرار على السلطة التشريعية حال انعقادها كي تجيل بصرها فيه لتقييم جوانبه المختلفة، وعلى الأخص ما تعلق منها بنوع المخاطر التي قصد رئيس الجمهورية إلى مواجهتها. ويفترض في السلطة التشريعية عندئذ أن تدير حوارا حقيقيا حول هذه المخاطر، وقوفا على ماهيتها؛ وتحريا لمصادرها؛ وتحديدا لدرجة جسامتها، وأن تزن ذلك كله بنظرة محايدة لا تستلهم في شأنها غير مصلحة الوطن، وعليها بالتالي أن تعتمد في تقديرها توافر هذه المخاطر أو تخلفها، على حقائق موضوعية لا يجوز لأحد أن يتوهمها ولا أن يصورها على غير حقيقتها.

وعملا بالفقرة الثانية من المادة ٤٨ من الدستور، يتعين على رئيس الجمهورية إذا كان مجلس الشعب منحلا، أن يعرض قراره بإعلان الحالة الطارئة على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

وكان الأولى أن يدعى البرلمان المنحل للنظر في حالة الاستعجال فور إعلانها حتى لا يستطيل زمنها بغير مبرر، خاصة إزاء الطبيعة الاستثنائية للسلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي أعلن بسببها حالة الاستعجال. وهي سلطة وخيمة عواقبها؛ سواء في طرائق مباشرتها، أو على صعيد نطاق عدوانها على حقوق الأفراد وحرياتهم.

رابعا: لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المخولة له بمقتضى القانون وله كذلك أن يضيف لها حقوقا جديدة يباشرها غير المنصوص عليها في هذا القانون، وهذه الحقوق الجديدة المضافة إلى الحقوق المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨. وعلى رئيس الجمهورية أن يعرض عندئذ هذه الحقوق لتبقيها أو تلغيها أو لتقيد بعض جوانبها.

خامساً: وتظل السلطة الاستثنائية التى يملكها رئيس الجمهورية -فى عموم تطبيقاتها- مقيدة بمجابهة المخاطر الداهمة -ولو كانت من طبيعة اقتصادية(١)- على تقدير أن هذه المخاطر هى التى تتراخى بها ضوابط الشرعية الدستورية فى أوضاعها المعتادة، لتحل محلها شرعية استثنائية قوامها الضرورة الملجئة، وبقدر متطلباتها.

لا فرق فى ذلك بين الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية قبل الدستور القائم أو بعده. ذلك أن ما تنص عليه المادة ١٩١ من الدستور. من أن كل ما قررته القوانين واللوائح السابقة على صدوره، يبقى صحيحا ونافذا إلى أن تعدلها السلطة التشريعية وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى الدستور؛ مؤداه أن تبقى نافذة أوامر رئيس الجمهورية الصادرة قبل هذا الدستور، وأن يظل سريانها جاريا بعده، وإن كان ذلك لا يطهرها من العيوب الدستورية التى قد تشوبها، ولا يعصمها من الطعن بعدم دستوريتها وفق ضوابط الشرعية الدستورية محددة على ضوء ما بيناه فيما تقدم، شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية التى تصدر فى ظل الدستور القائم(٢).

فإذا جاوز رئيس الجمهورية -فيما أصدره من أوامر- نطاق هذه الضرورة، تعين إبطال أوامره.

---

(١) من بين المخاطر الاقتصادية تفشى البطالة وارتفاع معدل التضخم وانتشار الجوع.

(٢) وفى ذلك تقول المحكمة العليا بحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "عليا" دستورية بجلستها المعقودة فى ١٩٧١/٣/٦ بأن دستور عام ١٩٧١ وقف بنص المادة ١٩١ عند حد النص على استمرار نفاذها تجنباً لحدوث فراغ تشريعى يؤدى إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة، وبالعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره. كذلك فإن النص على مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور، لا يطهرها مما قد يشوبها من عيوب، ولا يحصنها ضد الطعن بعدم الدستورية، شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم. فليس معقولاً أن تكون التشريعات التى صدرت قبل العمل بالدستور فى ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة فى أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التى استحدثها، بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات الصادرة فى ظل الدستور، وفى إطار نظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب [ص ٩، ١٠ من الجزء الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها وحتى نوفمبر ١٩٧٦].

وانظر أيضا حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٨ لسنه ٧ قضائية عليا "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة فى ٧ من مايو ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٤٧- ص٥٨ وما بعدها من الجزء الثانى من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ نوفمبر ١٩٧٦ وحتى تشكيل المحكمة الدستورية العليا].

[ويراجع كذلك حكمها فى القضية رقم ٥ لسنه ٧ قضائية عليا " دستورية " ص ١٤٧ من هذه المجموعة].

الفرع الثاني
مواجهتها بالقانون
رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

٥٥٣- يعتبر هذا القانون واحداً من أسوأ القوانين التى عرفتها الحياة التشريعية فى مصر. وهو يبلور أخطر القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك من الأوجه الآتى بيانها:

أولاً: أن المصالح التى يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لحمايتها بالتدابير الاستثنائية التى نص عليها هذا القانون، وحددها تفصيلاً؛ عريضة فى اتساعها، بعيدة فى آثارها القانونية.

فليس بشرط وفقا لهذا القانون أن يكون الخطر داهما -حالا- ولا أن يكون مفاجئا. ذلك أن مجرد الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، يكفى لتحقق الخطر، ولو كان مداه محدودا، أو كان خطراً متوقعاً.

ثانياً: لا تنحصر التدابير الاستثنائية التى يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها، وفقاً لهذا القانون، في تلك المنصوص عليها فيه. وإنما يجوز لرئيس الجمهورية أن يوسع من نطاقها لتشمل دائرتها حقوقا جديدة يضيفها إلى الحقوق القائمة؛ فلا تكون الحقوق الجديدة غير حقوق يصطفيها، متوسلا في طلبها، بضرورتها لصون الأمن أو النظام العام.

يؤيد ذلك أن نص المادة الأولى من هذا القانون، تكمل نص المادة ١٤٨ من الدستور التى تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الاستعجال على الوجه المبين في القانون؛ وقد حصر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ هذه المخاطر فى تلك التى يتهدد بها الأمن أو النظام العام، سواء فى مصر كلها أو فى أجزاء من إقليمها؛ وسواء كان مصدر هذه المخاطر خارجياً فى صورة حرب أو تهديدا بوقوعها؛ أم كان داخلياً، كانتشار وباء؛ أو وقوع كوارث عامة؛ أو لأن اضطرابا داخليا أحدثها.

ولا شبهة فى أن صور المخاطر التى أشار إليها القانون وعددها، يجمعها أن من أثرها الإخلال بالأمن أو النظام العام. وهى بذلك مظاهر لهذا الإخلال لا تستغرق حالاته كلها، ولا تحيط بكل صورها.

يظل الأمن والنظام العام هما المصلحتان الوحيدتان اللتان يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لصونهما وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨([1]).

وهما بعد مصلحتان تستوعبان كافة المخاطر -أيا كان نوعها أو مصدرها أو درجتها- إذا كان لها من صلة -أيا كان وجهها- باستقرار الدولة فى أمنها وهدوئها وسكينتها.

ثالثاً : وإذ يعلن رئيس الجمهورية حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، فإن قراره فى ذلك يجب أن يبين نوع المخاطر التى ارتآها كافية لإعلانها؛ والمنطقة الإقليمية التى تشملها الأوامر التى يصدرها لرد هذه المخاطر؛ وكذلك بدء سريان هذا الإعلان.

ويلاحظ أن هذا القانون وإن ألزم رئيس الجمهورية بتجديد وقت بدء سريان حالة الاستعجال التى أعلنها، إلا أنه أعفاه من تحديد نهايتها -ولو بصورة تقريبية، وهو ما تنفتح به مدة سريان حالة الاستعجال، إلى أن يقرر رئيس الجمهورية -فى حدود سلطته التقديرية- زوال المخاطر التى تدخل بالتدابير الاستثنائية لقمعها. وفي ذلك مخالفة لنص المادة ٢/١٤٨ من الدستور التي تنص على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة.

الفرع الثالث

انتهاء حالة الاستعجال

٥٥٤- اختصاص رئيس الجمهورية بإنهاء حالة الاستعجال وفقا لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنه ١٩٥٨، يرد على المدة الأصلية لسريانها، وكذلك على المدة التى أذن البرلمان بضمها إليها؛ كلما قدر رئيس الجمهورية زوال المخاطر التى أدت إلى إعلانها قبل اكتمال المدة الأصلية، أو المدة المضافة إليها.

ويقع إنهاء حالة الاستعجال فى هاتين الحالتين، بقرار من رئيس الجمهورية.

وهو غير انتهائها بقوة الدستور، إذا لم يعرض القرار الخاص بإعلانها على السلطة التشريعية فى الآجال التى حددتها المادة ١٤٨ من الدستور، أو عرض عليها ولم تقره.

([1]) نشر القانون رقم ١٦٢ لسنه ١٩٥٨ بالجريدة الرسمية فى ١٩٥٨/٩/٢٨. وقد عدل بالقانون رقم ٦٠ لسنه ١٩٦٨ ثم بالقانونين رقمى ٣٧ لسنه ١٩٧٢، ٥٠ لسنه ١٩٨٢.

الفرع الرابع
خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية

٥٥٥- وتتسم التدابير التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تخل بالأمن والنظام العام، بما يأتي:

أولاً: جواز أن تشمل هذه التدابير مصر كلها أو أجزاء من إقليمها.

ثانياً: أن لرئيس الجمهورية في كنفها، سلطة إحداث حقوق جديدة غير التي نص عليها المشرع. لتصير قائمة الحقوق التي يملكها، غير متناهية. كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير حقوق جديدة يضيفها إلى سلطاته الاستثنائية بما يوسعها ويزيد من نطاق الدائرة التي تعمل فيها[1]؛ هو تفويض لرئيس الجمهورية -بغير نص في الدستور- في تقرير ما يراه من القواعد القانونية والتدابير العملية كافلاً إزهاق المخاطر التي يواجهها. لا يتقيد في ذلك إلا بوجوب عرض الحقوق الجديدة على السلطة التشريعية في أول اجتماع لها، لتقرها أو لترفض الإذن بها.

ثالثاً: أن الأوامر -الشفهية أو الكتابية- التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، لها من اتساعها وشمولها ما يجعلها تنتظم الحياة بكل أقطارها.

وهي تتسم في مجموعها بأنها تحيط بالأفراد في حقوقهم وحرياتهم؛ وأنها تقيد حرية تداول الأموال، وتكاد أن تعطل حركتها؛ وأنها تصادر على الأخص الحرية الشخصية في كثير من جوانبها. وليس لحرية التعبير معها غير وجود محدود. ومن ثم تتنوع هذه الأوامر في صورها؛ وفي محلها؛ وفي الآثار القانونية التي ترتبها.

وقد تصل في قسوتها إلى حد مراقبة الرسائل جميعها والاطلاع عليها بغير إذن قضائي؛ وإلى مصادرة وسائل الاتصال والإعلان والدعاية؛ وإلى إغلاق محال ترويجها أو نشرها، ولو كان ذلك قبل نشر المطبوع أو المحرر أو الرسم.

فلا تكون السلطة الاستثنائية التي يصدر رئيس الجمهورية هذه الأوامر في نطاقها، غير سلطة مفرطة في توحشها؛ خطيرة في عواقبها.

---

[1] الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

أ. فالأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية فى شأن الأشخاص، تنال عادة من حريتهم فى الاجتماع والتنقل؛ ومن إقامتهم فى أماكن بذواتها، أو المرور عبرها، أو التردد عليها فى زمن دون أخر. وقد تصدر هذه الأوامر بالقبض عليهم أو باعتقالهم أو بتفتيشهم دون تقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. وقد يكلفون أداء عمل من الأعمال في غير ضرورة.

ب. وفيما يتعلق بالمحال العامة، يجوز أن تحدد أوامر رئيس الجمهورية مواعيد فتحها وإغلاقها. وقد تصدر هذه الأوامر بإغلاق أنواع منها، كلها أو بعضها.

ج. ولرئيس الجمهورية أن يقرر الاستيلاء على المنقول أو العقار؛ وأن يفرض الحراسة على الأشخاص الاعتبارية؛ وأن يؤجل الوفاء بالديون التى تستحق على الأموال المستولى عليها، أو التى تفرض الحراسة فى شأنها.

د. وقد يصدر فى شأن تراخيص الأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار على اختلافها، أوامر بسحبها وبتسليمها وضبطها وإغلاق مخازنها.

رابعاً: وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يصون الأمن أو النظام العام -من خلال الأوامر التى يصدرها طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨- حتى لا يختل أو ينفرط[1]؛ إلا أن السلطة الاستثنائية التي يملكها -ارتكاناً إلى هاتين المصلحتين- لها من اتساعها ما يؤذن بانفلاتها من كوابحها؛ ومن الانفراد بها ما يجعلها قريبة من السلطة المطلقة، وعلى الأخص لأن الرقابة القضائية على هذه الأوامر، قلما تصححها إلا بعد تنفيذها، ومن خلال الحق فى التعويض عنها، وهو حق كثيراً ما يكون اقتضاؤه متراخياً، وأقل من أن يكون عادلاً.

خامساً: لرئيس الجمهورية أن يفوض من ينيبه في مباشرة سلطاته الاستثنائية. ولا يجوز بالتالي أن يكون هذا التفويض مجهلا. ولا أن ينقل السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، بتمامها إلى من فوض منها. إذ يعتبر ذلك نكولا من رئيس الجمهورية عن النهوض بمسئوليته السياسية فى مواجهة المخاطر القائمة. ويزيد من خطورة الأمر أن القوات المسلحة -وكذلك الشرطة- وهى هيئة مدنية نظامية عملاً بنص المادة ١٨٤ من الدستور- تتوليان تنفيذ الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية؛ وينظمان المحاضر الخاصة بمخالفة

([1]) يلاحظ أن مفهوم النظام العام، يتسع لصون الأمن، إذ الأمن أحد العناصر التى يتطلبها ضبط النظام العام.

هذه الأوامر، ويعاونهما الموظفون والمستخدمون في تحريرها. وتفترض صحة كل واقعة أثبتتها هذه المحاضر، إلى أن يقوم الدليل على عكسها([1]).

وفى ذلك تقويض لافتراض البراءة، وهو أصل يمتد إلى الدعوى الجنائية حتى الفصل نهائياً فيها، وإلى المراحل السابقة عليها، فلا يسقط هذا الافتراض بغير حكم يكون باتاً قاطعاً بوقوع الجريمة بكافة أركانها، وبنسبتها إلى شخص معين بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سادساً: أن كل مخالفة للأوامر التى أصدرها رئيس الجمهورية، تكون عقوبتها هى المنصوص عليها فيها، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أشد تقضى بها القوانين المعمول بها، وبشرط ألا تنص تلك الأوامر على عقوبة يجاوز قدرها، الحد الأقصى المقرر بنص المادة ٥ من قانون حالة الطوارئ([2]).

ومن ثم يستقل رئيس الجمهورية –وبما لا يخل بهذا الحد الأقصى– ببيان قدر العقوبة التى يستنسبها لكل مخالفة حددتها الأوامر التى أصدرها.

وهى سلطة خطيرة يعيبها إطلاقها من القيود، وعدوانها على الحرية الشخصية، من خلال عقوبة يفرضها رئيس الجمهورية، ويتصور تحقق الغلو فيها بما ينافى ضوابط تناسبها مع الجريمة.

وليس للسلطة التشريعية من قول فى شئ من ذلك، وإنما ينفرد رئيس الجمهورية فى حدود سلطته التقديرية، بتحديد أركان كل جريمة تنص عليها الأوامر التى أصدرها، لينتقل الاختصاص بالتجريم، من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، انتقالا يكاد أن يكون كاملا.

الفرع الخامس
تقييم حالة الاستعجال

٥٥٦– لا يباشر البرلمان رقابة حقيقية على إعلان رئيس الجمهورية حالة الاستعجال، ولا على وقت سريان هذا الإعلان بما يؤذن بتحول سلطته الاستثنائية، من سلطة مؤقتة تدور

([1]) مادة ٤ من القانون.

([2]) لا يجوز أن تزيد العقوبة التي تتضمنها الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية –وعملا بنص المادة ٥ من القانون– على الأشغال الشاقة المؤقتة أو على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه. فإذا لم تكن هذه الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها، فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مع المخاطر وجوداً وعدماً، إلى سلطة دائمة تبلور نهجاً سلوكياً مطرداً، ولو كان تطبيقها مجاوزا كل منطق.

وما نشهده حتى اليوم، هو أن الرقابة التى يفرضها البرلمان فى شأن حالة الاستعجال ومدتها، هى رقابة مظهرية لا فعلية، لأنها رقابة نظرية لا عملية فى حقيقتها.

ذلك أن الأصل فى المخاطر التى تواجهها حالة الاستعجال، هو حلولها لا تراخيها؛ وإضرارها بمصالح عريضة فى جوهر ملامحها.

كذلك فإن الأصل فى الرقابة البرلمانية أن يكون لها من حزمها ما يؤكد فعاليتها فى تقرير مسئولية رئيس الجمهورية -سياسيا- عن الأوامر التى أصدرها.

ولا كذلك خضوع الأغلبية البرلمانية للسلطة التنفيذية توجهها وتتسلط عليها. فلا تدين إلا لها، لتحملها دوماً على إقرار تصرفاتها. فلا تفعل أكثر من دعم رئيس الجمهورية فى موقفه من إعلان حالة الاستعجال، ومن الأوامر التى أصدرها، ومن نوع الجرائم التى أحدثها، ومن تدابير القبض والاعتقال التى اتخذها.

بل إن الرقابة البرلمانية -حتى مع افتراض فعاليتها- تكون غائبة تماما خلال الفترة الواقعة بين حل السلطة التشريعية وأول اجتماع لها بعد تشكيلها الجديد.

٥٥٧- وإذا كان الأصل هو ألا يبسط المشرع نطاق التدابير التى يخولها لرئيس الجمهورية وقت سريان حالة الطوارئ بما يعدم أو يقيد بصورة خطيرة حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا أن يضيقها بما يعجز رئيس الجمهورية عن مواجهة أوضاع استثنائية لها متطلباتها المنطقية. فقد تعين أن تكون معقولية هذه التدابير، شرطاً أولياً لموازنة الضرورة الملجئة باحتياجاتها.

٥٥٨- وفي مجال تقيم حالة الاستعجال، يتعين أن يلاحظ.

<u>أولاً</u>: أن إقرار السلطة التشريعية إعلان حالة الاستعجال أو زيادة مدتها يجب أن يحصل على موافقة أغلبية خاصة من بين أعضائها.

ولا كذلك الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم التى تقل كثيراً عما يلزم لإقرار تدابير استثنائية فى طبيعتها، مترامية فى آثارها.

ثانياً: أن حق رئيس الجمهورية فى أن يحيل جرائم القانون العام، إلى محـــــاكم أمـــن الدولة -الاستثنائية فى تشكيلها وإجراءاتها ومصير أحكامها- يناقض حق مرتكبيها فى المثول أمام قاضيهم الطبيعى. وهو قاض لا يعتد في تحديده بإدارة المشرع ولو حدد ســـــلفا" أنـــواع القضايا التي عهد بها إلى الجهة القضائية التي عينها، وإنما هو قاض يكون مهيئا أكـــثر مـــن غيره بالفصل في القضايا التي يختص بها -لا لأن المشرع عهد بها إليه، وإنما على ضـــــوء طبيعة هذه القضايا وما يلابسها من أوضاع تخصها وتتصل بها، لتكون هذه الطبيعـــة وتلـــك الأوضاع، عنصراً موضوعيا فيها يميزها عن غيرها[1].

ومن ثم يكون نص المادة ٦٨ من الدستور، قيداً علي السلطة التشريعية، ويفترض فيها أن تنزل على فحواه. في مجال تحديدها لمفهوم القاضي الطبيعي، وإلا تعين إبطال كل قـــانون يصدر عنها بالمخالفة لهذا المفهوم.

كذلك فإن الأصل فى جرائم القانون العام، أن تكون المحـــاكم المدنيـــة هـــى قاضيـــها الطبيعى. فإذا انتزع رئيس الجمهورية جانبا من هذه الجرائم، وأحالها إلى محاكم أمن الدولـــة لتفصل نهائياً فيها، كان ذلك تمييزاً غير مبرر بين مواطنين تتحد مراكزهم القانونية التى تقوم على وحدة مكوناتها. والتى تفترض خضوعهم بكل فئاتهم، للقضاة عينهم.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<<إن الناس جميعهم لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التى يدعونها؛ ولا فى اقتضائـــــها وفـــق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا فى طرق الطعن التى تنتظمـــها. وإنمـــا تكـــون للحقوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها؛ وتحصيلها؛ والطعن فى الأحكام التى تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر فى شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقيدها[2]>>.

---

[1] انظر فى مفهوم القاضى الطبيعى- القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلســـة ٩٥/٨/٥- قـــاعدة رقم ٧- ص ١٠٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموع أحكامها.

[2] الحكم السابق ص ١١٣، ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثالثاً: أن ما تنص عليه المادة ٨ من قانون حالة الطوارئ، من تخويل رئيس الجمهورية -فى المناطق الخاضعة لنظام قضائى خاص، أو بالنسبة إلى قضايا بذواتها يحددها- سلطة إسناد الفصل فيها إلى دوائر أمن دولة يتم تشكيلها بكامل أعضائها من الضباط، مع تقيدها بالقواعد الإجرائية التى نص عليها رئيس الجمهورية فى أمر تشكيلها، يناقض قاعدتين أرستهما المحكمة الدستورية العليا.

أولاهما: أن انتزاع رئيس الجمهورية قضايا بذواتها من المحاكم المدنية التى تختص أصلا بالفصل فيها، وإسناد نظرها إلى محاكم أمن الدولة التى ليس لها ضماناتها، يعتبر تدخلاً فى شئون السلطة القضائية التى تقبض بيدها على القضايا التى تدخل فى اختصاصها، فلا يكون توزيعها فيما بين محاكمها إلا عملاً داخلياً لا يجوز لجهة دخيلة عليها أن تقتحم نفسها فيه([1]).

ثانيتهما: أن التنظيم الإجرائى للخصومة القضائية، وإن كان لا يفترض وحدة الأشكال الإجرائية التى تصاغ الخصومة فيها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقيم قيداً جوهرياً على حرية المشرع فى اختيار البدائل الإجرائية لتنظيم الخصومة القضائية، وذلك بنصها على أن تعدد الأشكال التى يقتضيها إنفاذ حق التقاضى، لا يجوز أن يخل بأية ضمانة جوهرية تمثل إطاراً حيوياً لصون الحقوق على اختلافها، بما يرد العدوان عنها من خلال قواعد قانونية يكون إنصافها حائلاً دون تحيفها على أحد([2]).

هاتان القاعدتان اللتان تجيزان تنوع الأشكال الإجرائية للخصومة القضائية، وتمنعان تدخل السلطة التنفيذية فى أية خصومة قضائية -ولو من خلال إعادة توزيعها للقضايا- لتفصل فيها جهة غير التى تختص أصلاً بنظرها؛ تكملهما قاعدة ثالثة مؤداها أن كل خصومة قضائية لا يفصل فيها غير قاضيها الطبيعى، ولو كان هذا الفصل واقعاً فى إطار الأوضاع الاستثنائية. ذلك أن عرض كل خصومة على قاض يكون أقرب من غيره لأوضاع ومتطلبات الفصل فيها، من القواعد الأولية التى فرضتها الأمم المتحضرة فى تواصلها مع بعضها البعض، وفيما تقيد به نفسها من الضوابط التى تلتزمها فى سلوكها، فلا يكون إهدارها أو التخلى عنها، مقبولاً.

([1]) و(٢) دستورية عليا-القضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٤- ص ٢٤٧ من الجزء السابع من أحكامها.

ولا شبهة فى أن أية محكمة يشكلها المشرع من الضباط وحدهم، تنبو بخصائصها هذه، عن مفهوم القاضى الطبيعى.

ذلك أن أعضاءها لا يمثلون إلا السلطة التى يدينون لها بالولاء، ويتلقون منها تعليماتهم. وهى سلطة وإن كانت غير مدنية؛ إلا أن المشرع عهد إليها بالفصل فى أية مخالفة يرتكبها مدنيون للأوامر التى أصدرها رئيس الجمهورية. وهو ما يبلور كذلك عدوانا خطيراً على استقلال السلطة القضائية وتجردها.

رابعاً: أن ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون حالة الطوارئ من أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة، لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية، مؤداه أن تصير السلطة التنفيذية شريكاً فى أعمال السلطة القضائية، بما يجيز إعادة النظر فيها وتحوير بنيانها.

وما يقال من أن هذا التصديق يتداخل فى العمل القضائى، وتلحقه بالتالى الصفة القضائية لهذا العمل([1])؛ مردود بأن العناصر التي تتداخل مع بعضها، تفترض توافقها فيما بينها بما يجعل ائتلافها متصوراً.

ولا كذلك سلطة التصديق، التي يتولاها رئيس الجمهورية أصلا، والتي لا تلتئم خصائصها، وطريقة تكوين الحكم القضائي باعتباره فاصلا بصورة محايدة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفا، في خصومة محورها الحقوق المتنازع عليها بين أطرافها.

خامسا : وما تنص عليه المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ من أن لرئيس الجمهوريه عند عرض الحكم عليه أن يبدل العقوبة المقضى بها بما هو أقل منها؛ وأن يخففها؛ وأن يلغى أية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية؛ وأن يجعل العقوبة -كلها أو بعضها- موقوفا تنفيذها؛ وأن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى الجنائية، أو مع الأمر بإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى؛ كل ذلك يناقض ما هو مقرر دستوريا من أن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تجهض حكما قضائيا قبل صدوره؛ ولا أن تقرر إنهاء آثاره بعد النطق به؛ ولا أن تعطل اكتمال تنفيذه؛

([1]) قررت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها فى القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية "دستورية" الصادر عنها فى جلستها المعقودة فى ١٩٨١/٢/٧ المنشور فى ص ١٧٢ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكامها- أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، تعتبر جهة مستقلة عن جهتى القضاء العادى والإدارى، وأن اعتماد مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لقراراتها لا يعيبها، وإنما يتداخل فى عمل اللجنة القضائية وتلحقه لزوما الصفة القضائية لقراراتها، وهو ما نراه محل نظر.

ولا أن تحور بنيان العناصر التى قام عليها؛ ولا أن تعيد تشكيلها فى صورة جديـــدة؛ ولا أن تكمل أجزاء قصر فى رأيها عن أن يحيط بها؛ ولا أن تزيل بنفسها ما اعتراه من غمـــوض؛ ولا أن تفرض فهمها على فحواه. شأن السلطة التنفيذية فى ذلك، شأن السلطة التشريعية التـى كفل الدستور استقلال السلطة القضائية فى مواجهتهما؛ وحظر تدخل إحداهما فى شـــئونها أو تعويق أعمالها أو تحريفها، وكفل لأحكامها -ولو لم تكن نهائية- حجيتها، فلا تسقطها السـلطة التنفيذية أو التشريعية بعمل من جانبها([1]).

٥٥٩- وتردد المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها :

<<على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قـراراً قضائياً قبل صدروه، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعى أن ينقض قراراً قضائياً ولا أن يحور الآثار التى رتبـــها، ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر فى أحكامها. ذلك أن موضوعية خضوع السلطة القضائية للقانون يفترض استقلالها لضمان حصول من يلوذون بها علـــى الترضيــة القضائيــة التــى يطلبونها لرد عدوان على حقوقهم أو حرياتهم. كذلك لا تقل حيدتها شأنا عن استقلالها، إذ هما عنصران فاعلان فى صون رسالتها، بما يؤكد تكاملهما([2])>>.

سادساً: وتحليل نص المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ، مؤداه أن لرئيس الجمهوريـــة أن يفعل بالأحكام القضائية ما يشاء، يبقيها أو يلغيها أو يعدلها أو يعتمدها، كل ذلك في إطـــار سلطة تقديرية لا قيد عليها، وهي سلطة يصير بها خصماً وحكماً فى شـــأن الأوامـــر التـــى أصدرها.

فالمخالفون لهذه الأوامر يقدمون إلى محاكم أمن الدولة بدرجتيها الجزئية والعالية. وهى تفصل فى جرائمهم بما لا يخل بالقواعد الإجرائية الخاصة التى نص عليـــها قـــانون حالـــة الطوارئ، وأهمها خضوع أحكامها للتصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، وإمكان تحويره لبنيانها من خلال مباشرته لسلطة التصديق التى لا تجرد فيها، علي تقدير أن المصدق يعتـــبر طرفاً فى الأوامر المتظلم منها أمام هذه المحاكم. وهو ما يناقض المادتين ١٦٥ و١٦٦ مـــن

([1]) "دستورية عليا" -طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ قضائية- جلسة ١٩٨٨/٤/٢- ص ٣٧٧ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٩ -جلسة ١٥ يونيـه ١٩٩٦- ص ٧٦٩ و٧٧٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الدستور اللتين تفترضان فى العمل القضائى ألا يصدر عن نزعة شخصية تبلور أهواء النفس أو عثراتها.

٥٦٠- ويظل المضمون الحق لكل قانون، مرتبطاً بكيفية تطبيقه، وإن تعين القول بأن الشرعية الدستورية لا شأن لها بالنوايا الشخصية للقائمين على تنفيذ القانون. وإنما النصوص التى احتواها -فى مضمونها وآثارها القانونية- هى التى يجب تقييمها من منظور اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

سابعاً: ليس ثمة قانون أفدح خطراً على حقوق المواطنين وحرياتهم، من قانون حالة الاستعجال التى نراها قائمة فى مصر حتى اليوم لا تفارقها فى ليلها وضحاها، وكأن مصر مسجاة لهذا القانون، ولو قيل بأن تطبيقه مقصور علي عتاة المجرمين والإرهابيين.

ذلك أن دوام حالة الطوارئ فى مصر يناقض حقيقة أن مخاطر الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، لها طبيعة استثنائية وعرضية فى آن واحد Exceptionnelle et transitoire؛ وأن حالة الاستعجال تبلور خطراً جسيماً يهدد الدولة ذاتها، سواء فى وجودها أو تواصل بقائها كالغزو والعصيان والمجاعة والوباء. أو بتعبير أدق، حالة تنجم عنها مخاطر لها بأسها، وتتأزم بها الأوضاع القائمة، بالنظر إلى علو هذه المخاطر فى طبيعتها الاستثنائية، Highly exceptional، وضرورة مواجهتها بالتدابير الكافية لتخطيها([1]).

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن الأصل في حالة الطوارئ أن يكون إعلانها لمواجهة نذر خطيرة تتهدد بها المصالح القومية. وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة([2]).

([1]) انظر في ذلك المادة ٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. وشبيه بها قانون كندى يعرف حالة الاستعجال على النحو الآتى:

L`etat d`urgence est une situation de crise causée par des ménaces envers la securite du Canada d` une gravité telle qu`elle constitute une situation de crise nationale.

([2]) "دستوريةعليا" الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "تفسير" -قاعدة رقم ١- ص ٤٦٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفرع السادس
موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال

٥٦١- تلك حالة الاستعجال في مصر -التي لا انقطاع في تواصل حلقاتها- فهل تتفق شريعتها والمفاهيم السائدة بين الدول.

أ. وهل يتفق قانون حالة الاستعجال -وكأنها الأصل في الأوضاع التي نعايشها، لا الاستثناء منها، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أن للدول أطرافها- إذا دهمها خطر طرأ عليها بما يهدد حياة أمتها([1])، The life of the nation أن تتخذ لرد هذا الخطر عنها، تدابير تخرج بها على التزاماتها المقررة بمقتضى هذا العهد، بشرط أن يكون الإعلان عن هذا الخطر قد تم رسمياً؛ وأن تصدر هذه التدابير عنها، بما لا يجاوز قدر الضرورة التي تقتضيها مواجهة الأوضاع الطارئة عليها To the extent strictly required by the exigencies of the situation وبمراعاة ألا تخل تلك التدابير بالتزاماتها التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا يكون دافعها الوحيد إلى اتخاذها، تقرير تمييز يقوم في مبناه على الأصل الاجتماعي أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة أو الجنس([2]).

ب. كذلك فإن نص المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وإن خول كلا من الدول أطرافها -في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياه شعبها- الخروج على

([1]) لا تعلن حالة الاستعجال في كندا إلا من قبل الحكومة المركزية، ولمخاطر قومية، وهي حالة وإن لم ينص الدستور عليها، إلا أن القضاء يقول باندراجها ضمن قواعده. وهي تخول البرلمان سلطات واسعة يتدخل بها في اختصاصات المجالس التشريعية للمقاطعات. ويفسرون ذلك بأن المصالح الذاتية للمقاطعات، تنقلب إلى مصالح مجمعة للحكومة المركزية

Gerald - A- Beaudoin, Constitution du Canada, 2 e Tirage, revisee, 1991,p.138.

([2]) ووفق على هذه الاتفاقية، وفتحت للتصديق عليها والانضمام لها بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2200 A (XX1 في ١٩٦٦/١٢/١٢ ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها تقضي بأن طروء الأخطار المشار إليها في فقرتها الأولى لا يجيز الخروج على أحكام المواد ٦ ، ٧، ٨ منها. وهي في مجملها تتعلق بحق الإنسان في الحياة، وبامتناع تنفيذ عقوبة الإعدام -في الدول التي تجيزها- في غير أكثر الجرائم خطورة؛ وحظر تنفيذها على الحوامل؛ وعدم جواز توقيعها على من هم دون الثامنة عشرة؛ وكذلك حظر الإبادة الجماعية العرقية؛ أو فرض عقوبة أو معاملة قاسية أو مهينة للإنسان، بما في ذلك حظر تعذيبه واسترقاقه، وأشكال التعامل في الأشخاص على اختلافها -Slave Trade وإجراء تجربة طبية أو علمية عليه، بغير رضاه.

التزاماتها المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية؛ إلا أن هذه الاتفاقية تلزمها بألا تخل في الوقت ذاته بأحكام مواد الاتفاقية ٢و٤/١و٧ التى تمنعها من استعباد الأشخاص، أو تعذيبهم، أو تقرير قوانين جنائية بأثر رجعى، أو إهدار الحق فى الحياة، ما لم يكن إزهاقها قد نجم عن أعمال حربية مشروعة.

بما مؤداه أنه حتى فى الأحوال التى يكون فيها الخطر ماحقا، فإن ثمة قيوداً لا يجوز أن تسقطها السلطة التنفيذية فى مواجهتها لهذا الخطر، حتى مع تزايد امتيازاتها فى الأوضاع الاستثنائية التى تحيط بها.

ج. وتفرض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، قيودا مماثلة علي السلطة الاستثنائية التي تكفلها هذه الاتفاقية للدول أطرافها فى زمن الحرب، أو الخطر العام، أو غير ذلك من الأوضاع الطارئة التى تهدد أمنها واستقلالها. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من تلك الاتفاقية لم تجز الخروج علي أحكامها حتى مع تحقق هذه المخاطر، إلا بقدر الضرورة التي يقتضيها دفعها، وبشرط ألا تنقض التدابير التي تتخذها لرد تلك المخاطر، التزاماتها الأخرى التى تفرضها عليها قواعد القانون الدولى العام؛ وألا تقوم على تمييز يرتكز على العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو العقيدة، أو الأصل الاجتماعى.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من الاتفاقية المشار إليها، على أن الحق فى الشخصية القانونية والحق فى الحياة؛ وفى التحرر من الرق؛ وفى سريان القوانين الجنائية بأثر مباشر؛ والحق فى اعتناق أية عقيدة؛ وفى تكوين أسرة؛ والحق في الاسم؛ وحقوق الطفل؛ والحق فى الجنسية؛ والحق فى الإسهام فى العمل العام؛ والحق في الانتفاع بكل ضمانة قضائية تقتضيها حماية هذه الحقوق جميعها، لا يجوز وقفها([1]).

الفرع السابع
اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية بعد إعلان حالة الطوارئ

٥٦٢- ويلاحظ أخيرا أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ -بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠- وإن خولت رئيس الجمهورية متي أعلن حالة الطوارئ، أن يحيل إلي القضاء العسكري أيا من الجرائم التي

([1]) هذه الحقوق منصوص عليها في المواد ٢٣،٢٠،١٩،١٨،١٢،٩،٦،٥،٤،٣ من الاتفاقية.

يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ وكانت المحكمة الدستورية العليا -وفي نطاق اختصاصها بتفسير النصوص القانونية تفسيرا تشريعيا- قد قررت أن ما قصده القانون بتلك الفقرة، هو جواز إحالة كافة الجرائم المشار إليها فيها سواء كانت هذه الجرائم محددة بنوعها تحديدا مجردا، أم كانت معنية بذواتها بعد ارتكابها فعلا([1])؛ إلا أن قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك، لم يكن فصلا في اتفاق هذه الفقرة أو خروجها عن الدستور، بل اقتصر نطاق هذا القرار علي تحديد ما توخاه المشرع منها علي ضوء عباراتها والأعمال التحضيرية التي قارنتها.

وبتحديد المحكمة الدستورية العليا لهذا القصد علي النحو المتقدم، ينفتح طريق إبطال حكم المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن الفقرة المذكورة، مؤداه جواز أن يحيل رئيس الجمهورية كافة الجرائم -بما فيها جرائم القانون العام- إلي قضاء استثنائي بطبيعته لا تتوافر فيه ضمانة الحيدة والاستقلال، ولا القواعد المنصفة التي تتم علي ضوئها محاكمة المتهمين الماثلين أمام المحاكم العسكرية. فلا يكون إسناد هذه الجرائم إلى هذه المحاكم؛ غير خروج مباشر علي نص المادة ٦٨ من الدستور التي تخول الناس جميعهم، حق اللجوء إلي قاضيهم الطبيعي.

([1]) دستورية عليا -الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية " تفسير" قاعدة رقم ١-ص ٤٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

المبحث الرابع
ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة الخطر العام

٥٦٣- ترتبط حالة الاستعجال بوجود مخاطر شديدة الوطأة Dire، أصيلة Genuine فى ماهيتها؛ لا متوهمة أو زائفة Subterfuge فى مظاهرها؛ غير مستطاع توقعها أو دفعها -بالنظر إلى عنصر المداهمة فيها، وعمق آثارها- بالوسائل القانونية المعتادة التى تقصر فرصها -سواء فى طبيعتها أو توقيتها- عن أن توفر للدولة وسائل الدفاع الملائمة عن كيانها أو مؤسساتها.

ويتعين بالتالى أن تأخذ جهة الرقابة على الدستورية فى تقييمها لهذه الحالة، بمعيار حد التقدير The margin of appreciation.

ذلك أن الدول جميعها لا تواجه المخاطر التى تعرض لها، إلا من خلال تقدير مبدئى يصدر عنها في شأن عنصرين:

أولهما: وجود هذه المخاطر فى حقيقتها، وخصائصها، ومداها.

ثانيهما: ما يناسبها من التدابير للتخلص منها.

ويفترض فى هذا التقدير المبدئى -بعنصريه- أن يكون منطقيا. وهو يكون كذلك إذا كان واقعا فى حدود تقتضيها ضرورة رد هذه المخاطر على أعقابها. ولا كذلك أن يكون هذا التقدير قائما على الاندفاع أو التهور أو الأهواء. وإنما هو تقدير موضوعى مبناه حقائق قائمة تشهد بها الأوضاع الماثلة -لا فى كل تفصيلاتها- وإنما فى العريض من خطوطها؛ وفيما هو ظاهر من ملامحها، وبمراعاة أمرين.

أولهما: أن موضوعية المخاطر، تفترض وجودا واقعيا لعناصرها؛ وتقديرا متوازنا لوجه إضرارها باستقرار الجماعة، أو دوام حياتها المنظمة. ويفترض ذلك تعاظم هذه المخاطر، وإحداقها، وعمق آثارها.

ثانيهما: أن تقابل هذه المخاطر بتدابير استثنائية لها من تنوعها، ومرونتها، وحزمها، مايكفل إجهاضها، أو يحول دون تفاقم أضرارها.

ومن غير المتصور بالتالي اللجوء إلي سلطة استثنائية لا ضابط لها، لمواجهة مخـــاطر قائمة يكون دفعها بالوسائل القانونية المعتادة كافيا. وهو ما يقتضي العمل بالتدابير الاســتثنائية في أضيق الحدود التي تقوم بها الضرورة الملحة التي تزيد وطأتها عما يكــون مــن صــور الحظر مألوفا أو متداركا(١).

(١) انظر من ذلك مقالة عنوانها:

Judicial Review of State derogations from human rights obligatios in International treaties.

-وقد نشرت هذه المقالة في الصفحات من ٤ إلى ١٧ من الكتاب السنوى لحقـــوق الإنســـان الصـــادر عـــن: International Institute of Human Rights Society, New Delhi, Human Rights Year - Book 1993, Released by Dr. Awad El Mor (Chief justice of The Supreme Constitutional Court of Egypt) Edited by P.H. Parekh.

الفصل الثالث
سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستوريتها

المبحث الأول
خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها

٥٦٤- لا تبقى الحرب ولا تذر. ولكنها تأكل الأخضر واليابس. تكفهر بنتائجها وجـوه، وتعلو جباه. وليس مثل أهوالها شئ. ذلك أن دائرة التدمير التى تشملها غير متناهية، سـواء كان التدمير نفسيا أو ماديا. والحقوق التى تهدرها، والدماء التى تريقـها لا ينفصمـان عـن آثارها. ومخاطرها تحيط بكل ما حولها، وليس الحق دائما فى جانبها.

وكثيرا ما يكون الدخول فيها تعاليا بالقوة في غطرستها؛ واستصحاباً من بعض الـدول لأهوائها في فرض كلمتها علي الآخرين. فلا تكون حروبها غير تعبير عن نزواتها وإنكـار للحق فى الحياة، وكأنها من خلقها.

ولأن للحرب آثاراً خطيرة بالنظر إلى مساسها المباشر بأمن الوطن؛ وكان إعلانها يعنى القبول بشرورها، وتحمل نتائجها، والتعويض عن أضرارها، وعلى الأخص ما اتصل منـها بأموال المواطنين وحرياتهم؛ وكان خسرانها مؤداه أن يفرض المنتصرون كلمتهم، فقد ارتبـط شنها بالسلطة التي خولها الدستور هذه الولاية.

وتفصح الحقائق العملية وكذلك النصوص القانونية المنظمة لاختصاص إعلان الحـرب، عن أن الدول تنقسم في ذلك إلي عدة فرق: إحداها: أن رئيس الجمهورية هو الأقدر والأكفـأ علي تقييم الأوضاع الدولية التي يتصل قرار إعلان الحرب بها. وتولي ثانيـها: حـق هـذا الإعلان للسلطة التشريعية بنفسها ودون غيرها، علي تقدير أن مصادر الثروة في بلد ما ودماء أبنائها، لا يجوز أن ينفرد بتقرير مصيرها شخص واحد هو رئيس الجمهورية، وإن كان ذلك لا يخل بحقه في أن يتخذ منفردا كل تدبير يراه ضروريا لمواجهه هجمة مفاجئة علي بلـده. ولرئيس الجمهورية كذلك أن يعمل منفردا إذا لم تكن السلطة التشريعية منعقدة. ذلك أن حالـة الحرب حالة واقعية يتعين أن يواجهها رئيس الجمهورية بالتدابير الملائمـة[1]. فـلا تبقـي

---

[1] The Prize Cases, 2B1. (67U.S.)635, 669(1863); See also, The Protector, 12 Wall. (79U.S.) 700-702 (1872).

الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، أو ضد المواطنين فيها، أو ضد مصالحهم التجارية في البحار، بغير رد.

وتحرص ثالثها: علي أن يكون قرار إعلان الحرب محصلة توافق أو اتفاق فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية علي شنها، توخيا للحصول علي أكبر قدر من الإجماع علي تحمل مسئوليتها ومواجهة مخاطرها. ويعهد رابعها: بهذا الاختصاص -وعلي الأقل في الدول الفيدرالية- إلي مجلس الشيوخ بها، علي تقدير أنه أقل عددا من مجلس النواب، وأكثر حكمةً. ولأن الولايات غالبا ما تكون ممثلة فيه بصورة متكافئة بما يرعي مصالحها.

٥٦٥- وفى مصر تنص المادة ١٥٠ من دستورها، على أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى لقواتها المسلحة، وهو يعلن الحرب بعد موافقة السلطة التشريعية.

وفى الولايات المتحدة الأمريكية، يتولى الكونجرس -لا رئيس الجمهورية- إعلانها عملاً بالفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الفيدرالى التى تخول الكونجرس كذلك، تكوين الجيوش ودعمها Raise and Support Armies من خلال رصد الأموال اللازمة لها لفترة لا تزيد على سنتين. وللكونجرس كذلك الحق في تكوين وصون الأسطول، وأن ينظم الميليشيا ويسلحها ويعمل علي ضبط نظامها. وهو يدعوها لتنفيذ قوانين الاتحاد، ولسحق كل عصيان أو تمرد. وسلطته في ذلك عريضة في اتساعها إلي حد تجويزها في زمن الحرب، القوانين التي تعتبر مخالفة للدستور في زمن السلم. ذلك أن هذه السلطة لا تتناول بالتنظيم مسائل تدخل عادة في اختصاص الولايات الأعضاء في الاتحاد. وهي تتخذ لتحقيق ذلك، ما تراه من القوانين الملائمة والضرورية(١) The proper and necessary clause.

---

(١) 2 M.Farrand, The Recods of the Federal Convention of 1787 (New Haven: rev.ed. 1937), 313.

وقد دافعت أصوات قليلة عن أن الاختصاص بإعلان الحرب، كان يجب أن يعهد به الي رئيس الجمهورية الذي لن يشن حربا إلا اذا كانت الأمة تؤيده فيها.

المبحث الثاني
الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة

٥٦٦- وأيا كانت الجهة التى اختصها الدستور بإعلان الحرب، فإن إعلانها يقتضيها أن توفر الأوضاع الأفضل التى يقتضيها الدفاع عن الوطن. وعليها بالتالي أن تعمل جاهدة على أن يتهيأ لجيوشها على اختلافها، أكثر الوسائل القتالية كفاءة؛ وأفضل الفرص لإدارة عملياتها الحربية، وأن تتعامل مع الأوضاع التى أفرزتها الحرب حتى بعد انتهاء الأعمال العدائية، وأن يكون ذلك كله موكولا إلى حكمتها وحسن تقديرها. وبمراعاة أن سلطتها التقديرية في ذلك لا تقتصر على مجرد قهر الغزاة ورد العصاة على أعقابهم، ولكنها تحمل فى أعطافها -وبالضرورة- حق الاستنفار بما يحول دون تجدد القتال([1])؛ وكذلك سلطة مواجهة الشرور الناجمة عن الأعمال القتالية، ليس فقط اعتبارا من بدئها وحتى انتهائها. وإنما كذلك لتعويض المضرورين عما تفاقم من نتائجها بعد انتهاء القتال.

ذلك أن إعلان الدولة حربا على غيرها، يخولها كامل سلطاتها التى يندرج تحتها اتخاذ كل إجراء وتدبير يؤثر فى عملياتها، ويوجهها. فلا ينحصر مداها فى سحق الغزاة والمتمردين، ولا فى ردهم عن حدود الدولة الإقليمية. وإنما تتسع سلطاتها لمهام الدفاع عن الوطن بكل صورها؛ بما فى ذلك تجهيز الجيوش وتنظيمها وتسليحها، وصون معداتها القتالية وتطويرها، وضمان تدفقها فى توقيتاتها على مسرح القتال، وتحقيق أمن أفرادها من أية مخاطر يكون النزق أو الإهمال سببها، ولا تقتضيها الأعمال الحربية فى ذاتها، ولا الطبيعة العرضية لآثارها.

ويتصل بضرورة التجهيز للحرب، ودعم وسائل وفرص الفوز بها، أن القوات المسلحة قد تعلن عن حاجتها لبعض المتطوعين للعمل في وحداتها، وعلي الأخص في قواتها ووسائل دفاعها الجوية بالنظر إلي ما طرأ من تطور خطير علي صناعة الطيران الحربي، والقدرة الفائقة للطائرة الحربية علي إطلاق قذائفها بدقة متناهية وإمكان اعتراضها هي والطائرة التي تحملها قبل أن تصل أهدافها؛ وتعقد وسائل الدفاع جوا، وتطور شبكتها، والقوة المدمرة لصواريخها.

وإذ تفاضل القوات المسلحة بين هؤلاء المتطوعين، فذلك لاختيار أفضل العناصر من بينهم، بالنظر إلى ملكاتهم العقلية وإمكاناتهم البدنية وجرأتهم وحزمهم وثباتهم وهدوء

([1]) Stewart v.Kahn, 11Wall.(78U.S.) 493 (1871).

أعصابهم، وسرعة تصرفهم فى التعامل مع الأوضاع الحربية المتغيرة، وقدرتهم على اتخاذ قرار حاسم بشأنها قد يؤثر فى مصيرها.

ومن ثم تكون مهاراتهم Skill؛ وطريقة أدائهم لواجباتهم، Performance؛ وسرعتهم فى اتخاذ القرار Speed، وثباتهم Reflexes وقوة أعصابهم Nerves وجرأتهم Guts، وصفاء ذهنهم Brains؛ شرطا لاستخدامهم.

لا تمييز فى ذلك بين الرجل والمرأة. إذ الجدارة بكافة عناصرها، هى التى تقدم بعضهم على بعض، وهى التى تتوافر بها عناصر التفرد التى يتفاضل بها بعض المتزاحمين على الوظيفة على بعض، ليكون مناط أولويتهم فى شغلها، تفوقهم Excellence من جهة قدر استعدادهم Readiness وتأهبهم Preparedness وصلابتهم Strengh ومرونتهم Flexibility. ودون ذلك يكون التمييز بين الرجل والمرأة غير مشروع، ومخالفا للدستور.

٥٦٧- ويظل ثابتا أن الاستعداد للحرب زمن السلم، هو أقصر الطرق وأوثقها لضمان تجنبها The surest means of avoiding war, is to prepare it in peace.

ذلك أن القوة لا تردعها إلا قوة توازيها أو ترجحها، فلا يكون التقابل بين قوتين غير تقدير لعناصر التوازن أو التفاضل بينهما.

وفي ذلك ضمان لإجهاض نوازع الشر قبل استفحالها، والتعبير عنها من خلال حرب هجومية أو دفاعية.

وعليها بالتالي أن تتخذ للحرب أهبتها، وأن تتهيأ لمواجهتها إذا اضطرم أوارها. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل تكفل لها المنعة والغلبة. ويندرج تحتها، تشييدها الطرق السريعة، ونشر شبكتها وضمان تواصل خطوطها، وتوافر بدائلها؛ والعمل علي استثمار الطاقة النووية لاستخدامها في الأغراض السلمية والحربية علي سواء؛ وإنشاء سدود لاحتجاز مياه الأنهار بقصد توليد الكهرباء منها؛ ورصد الأموال الضخمة لتطوير البرامج التعليمية وتحديثها؛ واقتحام علوم الفضاء، وحفز المواطنين علي الإقبال عليها. ذلك أن للدول جميعها حقا رئيسيا في أن تتخذ كافة التدابير التي تؤمن بها وجودها.

المبحث الثالث
الآثار التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد

٥٦٨- وصح القول بالتالى بجواز الحد من حقوق الأفراد بقدر الضرورة التى تمليها الأوضاع الحربية، كفرض قيود على الأسعار وأجور المساكن، وتقليص الوسائل الإجرائية التى ينازع الأفراد من خلالها فى مشروعية بعض أعمال الحكومة. إذ من المفترض فى كل مواطن أن يقبل فى خضم الحرب الشاملة التى يعايشها، التضحية ببعض حقوقه كحقوق الملكية، وأن يتحمل صعابا لا تقل عن تلك التى ينوء الجنود بها فى حومة الوغى، والتى قد يفقدون حياتهم بسببها([1]). بل إن سلطة الدولة في إقصاء غير المواطنين عن إقليمها وقت الأعمال الحربية، تكاد أن تكون كاملة([2]).

ولا مخالفه فى القيود التى تفرضها حالة الحرب أو إعلانها للدستور، بشرط ارتباطها عقلا بأهدافها.

فالذين يستثيرون الجماهير ويحرضونها على عصيان الحكومة بمناسبة حرب أعلنتها، وكذلك الذين يناهضون الأعمال الحربية وينادون بوقفها، إنما يؤثرون بأقوالهم التى يروجونها فى عضد المقاتلين، فلا يحميها الدستور. ولو كانت مثل هذه الأقوال جائزة في زمن السلم بالنظر إلي إعاقتها الأعمال الحربية، وتقويضها عزيمة المحاربين([3]).

ويتعين بالتالى على جهة الرقابة على الدستورية، أن تبطل كل قانون لا تظهر فيه صلة منطقية بين القواعد الاستثنائية التى أتى بها، وبين مخاطر الأعمال الحربية ومتطلباتها.

فإذا كان هذا القانون جنائيا؛ وكان مشوبا بالغموض بما يجهل بأحكامه، فلا يفقهها أوساط الناس، ولا يقفون بالتالى على دلالتها. بل يتخبطون فى فهمها وفيما قصده المشرع منها، فإن دائرة التجريم تختلط بأفعال لا شبهة فى مشروعيتها، بما يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، ولو تذرع المشرع بأن حربا قائمة لها متطلباتها؛ وأن ذلك القانون ما أقر إلا فى نطاق الضرورة التى أملتها. ذلك إن حقوق المواطنين وحرياتهم الجوهرية، لا يجوز الإخلال

---

(1) Hamilton v.Kentucky Distilleries and Warhouse Co., 251U.S. 146 (1919); Lichter V.United States, 334 U.S.742, 779 (1948).
(2) Fila Fiallo v.Bell, 340 U.S,787 (1977).
(3) Gilbert v.Minnesota, 254 U.S. 325 (1920); See Schenck v.United States, 249 U.S.47, (1919); Debs v.United States 249 U.S. 211 (1919).

بضماناتها([1])، ويندرج تحتها حظر تعذيبهم، أو إيقاع عقوبة عليهم بأثر رجعي؛ ولو عن جرائم حدد المشرع أركانها بما لاخفاء فيه.

كذلك فإن سوقهم إلى دائرة الاتهام فى غير جريمة تقتضيها الضرورة الاجتماعية، يقيد من حريتهم دون مقتض. ولا يجوز كذلك حتى فى الأوضاع الاستثنائية، معاملتهم بما لا يحفظ عليهم كرامتهم.

وفى الدول الفيدرالية، يتعين التمييز من جهة بين مصالح قومية لا تخص ولاياتها، وليس لها من شأن بها، ولا تعتبر مقتطعة من اختصاصاتها التى كانت تباشرها قبل انضمامها إلى الاتحاد؛ وبين الشئون المحلية التى تدخل أصلا فى اختصاص ولاياتها – كل فى نطاق إقليمها– من جهة ثانية.

ذلك أن تولى الحكومة المركزية الشئون القومية التى تنفرد بتصريفها؛ وتنهض وحدها على مسئوليتها؛ وتنظمها بتشريعاتها، دون الشئون المحلية التى تنفرد بها ولاياتها، مرده أن هذين النوعين من الشئون مختلفان مصدرا، وطبيعة.

وما يقال من أن الحكومة المركزية لا يجوز أن تباشر من الحقوق غير تلك التى عددتها نصوص الدستور الفيدرالى واختصتها بها Enumerated rights بصريح ألفاظها؛ وكذلك ما يندرج ضمنا Implied rights فى إطار اختصاصاتها المصرح لها بها، مما يكون ملائما وضروريا لإعمال مقتضاها Laws necessary and proper to Carry these express powers into execution، لا يصدق إلا على الشئون المحلية التى ما كان للحكومة المركزية أن تباشر بعض جوانبها، لو لم يكن الدستور الفيدرالى قد اقتطعها من ولاياتها بعد قبولها النزول عنها، كأثر لانضمامها إلى بعضها البعض، فى إطار وحدة فيدرالية تجمعها.

ولا كذلك الشئون القومية التى ليس لولاياتها من دخل بها، ولا وجه لتدخلها فيها، إذ هى التى تحفظ للدولة الفيدرالية تماسكها، وتكفل انضمامها إلى أسرة الدول.

([1]) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى ذلك:

Even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties.

انظر فى ذلك:

Home Building and Loan Asso. v Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)

ومن ثم كان منطقيا أن تنفرد الحكومة المركزية بمباشرة حقوق السيادة فـــى الشـئون الخارجية. وهى حقوق يندرج تحتها إعلان الحرب وشنها؛ والجنوح إلى السلم؛ وإبـــرام أيـــة معاهدة دولية تربطها بغيرها من الدول؛ وصون علاقاتها الدبلوماسية معها؛ وامتناع تدخلها فى شئونها.

وهذه الشئون القومية التى تظل حقا منفردا للحكومة المركزية، لا تتلقاها عن الدســتور الفيدرالى، ولكنها تنفرد بتصريفها بالنظر إلى تعلقها بالسيادة الخارجية التى تملكها وتحيط بها، ولو لم يعهد الدستور الفيدرالى لها بها.

ذلك أن حقوق الدولة الفيدرالية فى هذا النطاق تماثل -فى طبيعتها- الحقــوق المقــررة لغيرها من الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية. وهى ترتد -فى مصدرها- إلى قواعد قــانون الأمم The Law of Nations التى تحكم علاقاتها بغيرها من الدول.

وإذ كان ما يتعلق بالشئون القومية، إنما يدخل فى الاختصاص المنفرد للدولة الفيدرالية بحكم انتمائها إلى أسرة الأمم؛ فإن إعلانها حربا على غيرها من الدول، وإن كان شأنا قوميـــا تتولاه بغير نص فى الدستور، إلا أن تصديها للحقوق الفردية لمواطنيها فى ولاياتها، وتنظيمها لها بعد هذا الإعلان، بما يقيدها؛ مؤداه انتزاعها جانبا من اختصاص ولاياتها فى الحدود التـــى يقتضيها تنظيم هذه الحقوق.

٥٦٩- ويتصل بالحرب وسلطاتها أمران على قدر كبير من الأهمية:

أولهما: أن إعداد الجيوش للمهام القتالية على اختلافها، ليس مما يجوز التـــهاون فيـــه. وعلى السلطة التشريعية منفردة أو بالتعاون مع رئيس الجمهورية، أن تتخذ كافة التدابير -بمـــا في ذلك توفير الموارد المالية الكافية- التى تعينها على بلوغ قواتها المسلحة غاية الكمال فـــى تنظيمها وضبطها وتهيئتها للقتال حتى لا تتعثر خطاها، أو تختل قدراتها. ولا يخل ذلك بحقـــها في دعوة الميليشيا وتنظيمها وتسليحها. بل إن هذا الحق يعتبر تابعا للحق في تنظيم جيوشـــها وإعدادها كي تكون أعز نفرا، وأمتن عدة، وأفضل تدريبا، وأشد شكيمة.

ولا يجوز بالتالي أن يتقاعس المواطنون عن الانخراط فيها وفقا للقـــانـــــون. وإنمـــا يلزمون جميعهـــم بالالتحاق بها إذا توافـــرت فيهـــم شـــروط انخراطهم فيـــها، Sanctioned

Compulsory Military Service، ولو ناقض فرض الجندية عليهم، حق آبائهم في توجيههم أو توليهم لشئونهم وإشرافهم عليها([1]).

ذلك أن المجندين يتساوون في أهليتهم وتكافئهم لحماية أوطانهم. ولا يعتبر حملهم على العمل في إطار خدمتهم الإلزامية بها، من قبيل الارتفاق أو السخرة. ذلك أن حظر الارتفاق والسخرة لا يتوخى غير ضمان الحرية في حماية حكومة قادرة لا يتصور بعد تجريدها من سلطاتها الحيوية التي ترد بها العدوان عن إقليمها، أن تكون قادرة على حماية مواطنيها من الاستعباد. وعليهم بالتالي أداء الخدمة التي يقتضيها واجبهم في الدفاع عن وطنهم في مواجهة المحن التي يتعرض لها، ولو كانت هذه الخدمة استثنائية في طبيعتها([2]).

ويظل أداء الخدمة العسكرية واجبا إلزاميا علي المطلوبين لها، ولو كان لبعضهم وجه للاعتراض علي خوض القتال بالنظر إلى وجهة نظر فلسفية يستصوبونها، أو لأن عقيدتهم الدينية تمنعهم من أدائها، سواء بالنسبة إلى حرب بذاتها أو في الحروب جميعها. Conscientious Objectors

ذلك أن واجبهم في الدفاع عن الوطن، يتقدم معتقداتهم جميعها، إذ ليس لأحد حقا من الدستور A Constitutional Right في التخلي عن وطنه وقت الشدة حتى مع صحة القول -وهو صحيح- بأن اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم أوضاع العسكريين -الذين يختلف مجتمعيا عن المدنيين- عريض الاتساع شديد المرونة([3])، وأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تحيل إلى حسن تقدير السلطة التشريعية Deference to Legislative Judgment في مجال تنظيمها لشئون العسكريين وضبطها لنظامهم ودعمها لقواتهم تجهيزا وتسليحا وتمويلا .

([1]) نظرت بعض الولايات في أمريكا إلي التجنيد الإجباري باعتباره منطويا علي نوع من الارتفاق مقرر جبرا ضد المواطنين الذين يدعون إلي الخدمة بالمخالفة للتعديل الثالث عشر للدستور الأمريكي الذي يقضي بأنه لايجوز استعباد أو فرض ارتفاق علي أي شخص في الولايات المتحدة أو في الأماكن الخاضعة لولايتها، ما لم يكن ذلك عقابا علي جريمة حوكم الشخص عنها وفقا للقانون.

انظر في ذلك ص ٣١٣ من مؤلف عنوانه "دستور الولايات المتحدة الأمريكية -تحليل وتفسير، أعدته خدمة الكونجرس البحثية- مكتبة الكونجرس -واشنطن طبعة ١٩٩٦".

([2]) Butler V.Perry, 240 U.S.328,333 (1916); See also United States v.O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

وفي هذه القضية الأخيرة أقرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قانونا يحظر علي المطلوبين للتجنيد تمزيق بطاقات استدعائهم للجندية.

See also, Rostker v.Goldberg, 453 U.S.57,59 (1981).

([3]) Parker V.Levy, 417 U.S. 733 (1974).

وصح بالتالي حمل هؤلاء المعارضين علي أداء الخدمة العسكرية التي يرفضونها، وإن جاز للسلطة التشريعية –التى تقر تشريعاتها وفق السياسة التى ترتأيها– أن تتسامح مع الذين ينفرون من القتال عقيدة –لا تخاذلا– على تقدير أن ذلك من الرخص التى تملكها فى حدود سلطتها التقديرية التي تخولها كذلك حرمان المقاتلين من حمل مواد أو أوراق تؤثر في ولائهم أو تخل بنظامهم أو تقوض قيمهم الخلقية([1]) أو تدعوهم إلي عصيان الأوامر([2]).

ولها –فضلا عما تقدم– أن تمنعهم من التظاهر أو الدفاع في وحداتهم عن مذاهبهم السياسية([3])؛ وأن تحدد كذلك سن الأشخاص الذين يقبلون في الخدمة العسكرية وقواعد توزيعهم، ونطاق حقهم في التعويض عن خدمتهم.

وإحالة جهة الرقابة علي الدستورية إلي حسن تقدير السلطة التشريعية في وزنها لاحتياجات الجيوش والأسطول، هي التي دعتها إلى الحكم بدستورية تشريعاتها التي تقصر الخدمة العسكرية علي الرجال دون النساء بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمتفردة للنظم العسكرية، التي لا يعنيها غير ضبط النظام في الوحدات القتالية، والارتفاع بقوة عزيمتها وضمان تماسكها خلقيا ومعنويا وماديا.

ثانيهما: أن شرور الأعمال الحربية وويلاتها لا تقتصر على المضار المترتبة على خوض معاركها؛ ولكنها تتراخى أحيانا –وبالنظر إلى تطور مخاطر الأعمال الحربية فى معطياتها المعاصرة– لسنين عديدة بعد انتهائها.

وهى تلحق بالتنمية الداخلية على الأخص، أضرارا عميقة إزاء توجيه الموارد جميعها –ما كان منها ماديا أو بشريا– للمجهود الحربى، سواء وقت التمهيد للأعمال الحربية أم بعد بدايتها وحتى نهايتها.

ولو جاز للسلطة التشريعية أن تتدخل بتشريعاتها لتضمد كافة الجراح التى نكأتها الأعمال الحربية –ولسنين عديدة بعد انتهائها– وأن تلجأ فى ذلك إلى الحقوق المفرطة فى مداها، والتى تخولها إياها سلطاتها فى الحرب –وهى غامضة فى ماهيتها، و تخومها، أو الدائرة الحقيقية التى تعمل فيها– لصار بوسعها أن تباشر سلطة استثنائية فى طبيعتها فى غير الأحوال التى رصدها الدستور عليها، استثمارا منها لهذه السلطة فى غير موجباتها،

([1]) Greer v.Spock, 424U.S. 828 (1976).
([2]) Porker v.Levy,417 U.S.733 (1974).
([3]) Rostker v.Goldberg, 453 U.S. 57 (1981).

وإبقاء من جهتها على حالة حرب لم يعد لها من وجود، من خلال بسطها إلى آفاق لا تسعها، بما يناقض الأغراض المقصودة منه([1]).

فلا تكون التدابير التى تتخذها الهيئة النيابية بعد انتهاء الأعمال الحربية، غير ركون من جانبها لسلطاتها الاستثنائية التى خولتها إياها حربا خاضها الوطن وانطفأ لهيبها.

ولن تحكمها فى هذه التدابير غير العاطفة الوطنية التى لا تزال متقدة جذوتها حتى بعد انتهاء الأعمال الحربية.

وعادة تتأثر جهة الرقابة على الدستورية بهذه العوامل الوطنية عند تقييمها دستورية القوانين المطروحة عليها، فلا تزنها بالقسط، وإنما تميل معها وإليها لتخطو بها نحو بر الأمان، بما فى ذلك تساهلها في تقييم مشروعية القيود التى فرضتها على مواطنيها، ولو تحقق ذلك فى الدول الفيدرالية من خلال انتزاع سلطتها التشريعية المركزية، جانبا من الحقوق التى يدخل تنظيمها أصلا فى اختصاص ولاياتها.

وبعيدا عن العاطفة الوطنية، فإن جهة الرقابة القضائية عن الدستورية، كثيرا ما تتردد في تقييم التدابير الاستثنائية التي تواجه بها الدولة حربا تخوضها، إما لاعتبار يتعلق بالتحوط في مباشرة هذه الجهة القضائية لولايتها؛ وإما لعدم رغبتها في مباشرة هذه الولاية في مواجهة تدابير غير مألوفة لها؛ وإما لأن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي الأقدر علي تقييم ملاءمة هذه التدابير؛ وإما بناء علي هذه العوامل جميعها.

٥٧٠ – ويتعين بالتالي أن نوازن بين أمرين :

أولهما: أن الآثار الخطيرة عواقبها، الناجمة عن الأعمال الحربية بعد انتهائها، لا يجوز تركها على حالها حتى لا تتفاقم.

ثانيهما: أن تنظيم الأعمال الحربية فى بدئها وحتى انتهائها، بل وإلى ما بعد عودة المقاتلين إلى وطنهم وإلقائهم لأسلحتهم؛ وإن كان شأنا قوميا؛ إلا أن استعمال الهيئة النيابية لسلطاتها الاستثنائية –التى لا تملكها أصلا إلا فى خضم حروبها وبمناسبتها– لتنظيم أوضاع خلفتها بعد انتهائها، لا يجوز القبول به إلا لفترة قصيرة نسبيا، حتى لا تؤول سلطاتها

([1]) انظر فى ذلك الرأى المخالف للقاضى Jackson فى قضية:
Woods v. Cloyed W. Miller, Co. 333 U.S. 138 (1948).

الاستثنائية هذه، إلى حقوق دائمة تتسلط بها على مواطنيها، وتقيد بها حرياتهم، فــلا ينفكــون منها.

وعلى ضوء الموازنة بين هذين الاعتبارين، يتعين على جهة الرقابة عن الدستورية، أن تنظر من جهة إلى العلاقة المنطقية بين نتائج الأعمال الحربية ودرجة خطورتها على المصالح القومية إذا لم تتدخل السلطة التشريعية لعلاجها من جهة؛ وإلى نوع ونطــاق التدابــير التــى اتخذتها لمواجهة مضار هذه الأعمال من جهة ثانية؛ وأن تمحص بالتالى كل حالة على حــده على ضوء ظروفها ومتطلباتها. فالمقاتلون الذين يعودون إلى الوطن بعد تسريحهم، قلما تتوافر لهم فرص العمل المواتية، أو تتهيأ لهم أماكن يستظلون بها ويفيئون إليها لإيوائهم فيها.

فإذا تدخل المشرع لإنهاء بطالتهم، ولضمان سكناهم، كان ذلــك شــأنا وثيــق الصلــة بالسلامة القومية فى أبعادها الداخلية؛ لا يقل أهمية عن ضــرورة صونــها مــن المخــاطر الخارجية التى تهددها، والتى قد تعجز الدولة أحيانا عن مواجهتها، بغير إعلانها حربا علــى الطامعين فيها، بعد أن تعد لها القوة التى تستطيعها لإرهابهم وإزهاق باطلهم.

وللسلطة التشريعية أن تقرر القواعد التى تعيد الحكومة على ضوئها، النظر فى العقــود التى أبرمها المتعاقدون معها، من أجل تزويد الجيش والأسطول باحتياجاتهما، وأن تقتطع مــن أرباحهم التى حققتها هذه العقود، ما يزيد على معدلاتها المنطقية.

ذلك أن السلطة التشريعية، وإن كان مــن اختصاصــها أن توفــر لقواتــها المســلحة ضروراتها التى تعينها على القتال، إلا أن شرط ذلك أن تحصل عليها بالوسائل الضروريــة والملائمة. فلا يتخذ المتعاقدون مع الدولة من الحرب التى أعلنتــها، طريقــا إلــى الانتــهاز للحصول بسببها على غنائم طائلة لا مبرر لها. ولا يعتبر تفويض الحكومة فى إعادة النظر فى تلك العقود، والتفاوض عليها من جديد، مخالفا للدستور. ذلك أن كل سلطة لها أصل من قواعد الدستور، تفيد بالضرورة إمكان التفويض فيها بما يحقق أغراضها؛ ويكفل فعاليتها.

ويبدو ذلك جليا على الأخص بالنسبة إلى سلطة الحرب التى تتمتع الهيئة النيابيــة فــى نطاقها بسلطة تقديرية واسعة تخولها بالضرورة اختيار أفضل البدائل لإعمال مقتضاها.

كذلك فإن سلطة الحكومة فى استرداد الأرباح المغالى فيها التى حصل عليها، أو التــى سيجنيها المتعاقدون معها بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، لا تعتبر من قبيل الاستيلاء غير المشروع على أموالهم؛ ولا هى انتزاع للملكية الخاصة لغرض عام بغير الوســائل القانونيــة

السليمة؛ ولا هي عقوبة توقعها الحكومة عليهم؛ ولكنها أكثر شبها بسلطتها في التدخل في الأسعار أثناء الأعمال الحربية، لتحديد أقصاها. وهي قريبة كذلك من الضريبة المتصاعدة التي تقتضيها على الدخول المرتفعة إلى حد اقتطاع جزء هام منها يزيد بطبيعته على الحدود المقبولة للدخل([1]).

٥٧١- وللسلطة التشريعية -وبحكم مسئوليتها عن صون المصالح القومية لبلدها زمن الحرب- أن تفرض رقابتها على أسعار السلع، وأجرة الأماكن في النطاق الداخلي؛ وأن توفر لأصحابها عائدا معقولا لحقوق الملكية عليها. ولا يعتبر ذلك إخلالا منها بشرط الوسائل القانونية السليمة([2]).

وكلما كان الجزاء على مخالفة القيود التي فرضتها على هذه الأسعار وتلك الأجرة، جنائيا، فإن تشريعاتها المقررة لهذا الجزاء، يتعين أن تصاغ بما لا يجهل بمضمونها، أو يثير الغموض حول حقيقة نواهيها. ولا يكفي بالتالي أن ينص القانون على أن الأجرة والأسعار المسموح بها، هي تلك التي لا مغالاة فيها. ذلك أن حد المغالاة هو مجاوزة حدود الاعتدال، وكلاهما تعبير غامض لا يحدد بصفة قطعية نطاق الأفعال التي أثمها المشرع، ولا يكشف بما لا خفاء فيه، عن حقيقة أوصافها.

وفيما يتعلق بالسلع التي تتسم بقلة المعروض منها في الأسواق؛ فإن ترشيد استهلاكها Rationing لضمان حصول السكان جميعهم على الحد الأدنى لاحتياجاتهم منها، يكون حقا للسلطة التشريعية التي لها كذلك أن تفوض رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص. ولا يعتبر هذا التفويض مخالفا للدستور.

ذلك أن مباشرتها لسلطاتها الاستثنائية العريضة في اتساعها زمن الحرب؛ هو إعمال من جانبها لسلطتها التقديرية التي تكفل بها لأمتها أدق مصالحها، وتؤمن من خلالها حياتها. بل إن سلطتها في ذلك تكاد أن تكون كاملة، شأنها شأن سلطاتها البوليسية التي ترعى من خلالها الأوضاع الصحية لمواطنيها، وتكفل بها سلامتهم، وقيمهم الخلقية.

ويتعين بالتالي استنهاض كل قرينة تؤيد دستورية تشريعاتها في هذا المجال؛ ولو كان سريانها بعد انتهاء الأعمال العدائية.

([1]) Renogtiation Act of 1951, 65 Stat. 7 as Amended.
([2]) Woods v.Cloyd W.Miller Co., 333U.S.138(1948).

ومن المحقق كذلك، فإن اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التى يلتزم مواطنوها بها –فى نطاق جهودها لضمان تقدم الأعمال القتالية، وبلوغ الأغراض المقصودة منها– قد يقتضيها منعهم من التجول فى مناطق بذواتها أو إجلائهم عنها[١].

فلا يدخلونها، أو يقربونها، أو يبقون فيها، أو يرتكبون عملا بها، وإلا حق عقابهم إذا كانوا يعلمون أو كان ينبغى عليهم العلم بحقيقة هذه المناطق، وبالتدابير الاستثنائية التى تحيطها[٢].

على أن الاختصاص بحظر تجول المواطنين فى بعض المناطق أو إجلائهم عنها، لا يخول السلطة التشريعية ولا التنفيذية، أن تأمر باحتجاز مواطنين لم يصدر فى شأنهم اتهام بالعصيان أو بالمروق عن الولاء لوطنهم.

ذلك أن احتجازهم على هذا النحو –ولفترة تزيد عما يكون ضروريا للتحقق من سلوكهم– يعتبر عملا منطويا على حرمانهم من الوسائل القانونية السليمة التى يقتضيها تحقيق دفاعهم. وكذلك من حريتهم فى التنقل والعمل، وإخلالا بافتراض براءتهم، فلا يكون الإفراج عنهم إلا حقا دستوريا.

---

(1) ومن ذلك منع الأشخاص الذين هم من أصل يابانى Of Japanese ancestry من التجول فى سواحلها الغربية. ورغم أن المحكمة الفيدرالية العليا أيدت هذا الحظر، إلا أن قضاتها Roberts,Murphy Jackson, اعترضوا عليه على أساس أنه يشمل بأحكامه المواطنين والأجانب، ولأنه يقيم تمييزا عنصريا لا أساس له من الدستور، ويحرم الأمريكيين من أصل يابانى– من الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليها فى التعديل الخامس للدستور. وهو كذلك يمنعهم من العمل والتوطن فى الأماكن التى يختارونها، ومن التحرك بحرية فى وطنهم الأمريكى. وقد جردهم هذا الحظر كذلك من الوسائل القانونية السليمة التى يستطيعون من خلالها عرض وجهة نظرهم فى شأن ذلك الحظر. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أجازت احتجاز هؤلاء اليابانيين وإعادة توطينهم وذلك فى قضية.

Korematsu.v.United States,323U.S.214 (1944).

(2) يحدد قادة الجيوش عادة –كل فى نطاق سلطته الميدانية– المناطق المحظور التجول فيها أو التى يخلى المواطنون منها. وقد يحددها رئيس الجمهورية –بصفته قائدا أعلى للقوات المسلحة– أو يحددها وزير الدفاع إذا فوض فى ذلك.

المبحث الرابع

اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية

٥٧٢- ويختص رئيس الجمهورية -وباعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة- بتوجيهها في تحركاتها، واستخدامها بالكيفية التى يقدر ملاءمتها لتحقيق أهدافها، مـــن إرهـــاق الغـــزاة ومطاردة فلولهم حتى حدود دولتهم، أو فيما وراءها.

ومن ثم تكون القوة المسلحة، هي اليد التى يبطش بها إرهابا لأعداء بلـــده، ولحصـــار مدائنهم وقطع طرق إمداداتهم، واختراق خطوطهم الخلفية، وللحصول على كافة الحقائق عـــن تجمعاتهم ومصادر قوتهم وكيفية توزيعها، وحركتها، وخططها التى أعدتها للغزو، وكذلك عن شخصية القادة الذين يديرون معاركها وميولهم وانحرافاتهم. وسلطته فى ذلك واسعة تصل إلي حد عزله لقادة جنده وإحلال آخرين محلهم.

ذلك أن تحقيق القوات المسلحة لمهامها القتالية على أتم وجه، يفترض خضوعها لرقابته، وكذلك سيطرته على كافة الموارد الاقتصادية التى تتيحها بلده، وأن يفرض حظرا على دخول أماكن حشدها، وأن تعين أن يأخذ موافقة السلطة التشريعية على بعض هذه التدابير أو كلها، أو أن يحصل منها على تفويض بإجرائها إذا كان الاختصاص بها أصلا داخلا فى ولايتها.

وما تقرره أحيانا جهة الرقابة على الدستورية من أنها لا يجوز أن تحل تقديرها محـــل تقدير رئيس الجمهورية فى التدابير التى اتخذها، ولا أن تنـــاقش حكمتـــها؛ ولا أن تعـــارض حريته فى المفاضلة بين البدائل، واختيار أنسبها وأفعلها لدعم المجهود الحربى؛ لا يجـــوز أن يؤخذ على إطلاق.

ذلك أن صون حقوق المواطن وحرياته الأساسية، ضرورة لا يجوز التفريط فيها حتـــى فى زمن الحرب. والقول بأن حوائج الأعمال الحربية أو متطلباتها، تقتضى انتزاع المواطنيـــن من ديارهم وحملهم على تركها -ولو بصفة مؤقتة- أو احتجازهم وإعادة توطينهم فى غـــير أماكنهم الأصلية؛ مردود بأن رئيس الجمهورية لا يجوز أن يقيم هذه التدابير أو ما يماثلها على نوازع عرقية -أو بناء على غيرها من صور التمييز بين المواطنين التى لا يجوز القبول بها- وحسر عنها إنصافها؛ شأن رئيس الجمهورية في ذلك شأن قادة الجيوش فيمـــا يتخـــذوه مـــن تدابير.

ولا يجوز بالتالى أن تركن السلطة القضائية فى اعتمادها لهذه التدابير -وما هو على منوالها- على أنها لا يجوز أن تحل نفسها محل تقدير قادة الجيوش، ولا أن تناقش صوابهم فيما فعلوه، ولا حكمتهم فيما أمروا به. ذلك أن الحقائق التاريخية تشهد فى مجموعها، بأن ثمة قواعد جوهرية تحكم إدارة الأعمال الحربية، وأن من يوجهون هذه الأعمال كثيرا ما تخفوا وراءها لإساءة استعمال سلطاتهم، وأن احتجازهم بعض الأشخاص كان فى كثير من صوره، بغير مبرر.

ويتعين على السلطة القضائية بالتالى إخضاع هذه التدابير لرقابتها باعتبارها وسائل لتحقيق أغراض تستهدفها الأعمال الحربية.

فإذا لم يكن لهذه التدابير من صلة بأهدافها الرئيسية، بل أقحمها رئيس الجمهورية أو معاونوه عليها، لتخرج عن الدائرة التى رصدها الدستور إطارا لها، فإن إبطالها لمخالفتها الدستور، يكون واجبا.

٥٧٣- ويظل ثابتا أن الحرب بسلطاتها الاستثنائية، عارض يطرأ على الدولة. وعليها بالتالى أن تتقيد فى مباشرتها لسلطاتها هذه، بالضرورة التى أملتها، حتى لا تتحول سلطاتها العرضية المقيدة بدواعيها، إلى حقوق دائمة منفلتة ضوابطها.

ويتعين دائما أن يؤخذ فى الاعتبار أن الدساتير بوجه عام -وفي إطار ثقتها في حسن تقدير السلطتين التشريعية والتنفيذية لطبيعة ونطاق المخاطر التي تهدد الوطن- تمنحان هاتين السلطتين حرية كبيرة في مجال تقييم المخاطر في أصلها ومداها، وكذلك فيما يعتبر من التدابير التي يتخذانها لمواجهة هذه المخاطر، أنسبها لإجهاضها أو الحد من تفاقمها([1]).

ذلك أن سلطة الدولة في اتخاذ هذه التدابير، لا تنفصل عن واجبها في العمل بكل طاقاتها علي صون وجودها. ولها في هذا النطاق، أن تعتمد كل تدبير تراه ضروريا([2]).

ولا يجوز لها بالتالي في غير الحرب الفعلية -كالحرب الباردة- أن تعتقل أفرادا لمجرد انتمائهم إلى حزب يعارضها، ولا أن تمنعهم من تولي وظيفة في منشأة دفاعية. بل إن حرمانهم من العمل، يفرض عليهم الخيار بين انتزاع الحق فيه، وبين حريتهم في التعبير والاجتماع للدفاع عن الآراء التي يؤمنون بها. وهو خيار سيئ لمخالفته للدستور، خاصة إذا

([1]) Parker V.Levy, 417 U.S.733, 758(1974).
([2]) Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U.S.) 2 (1866).

كان الحرمان من العمل، من الاتساع، ليشمل الذين يهددون الدولة من خلال الأفكار الهدامـــة التي يروجونها، ويعملون علي تحطيم الدولة من خلالها؛ وغـــيرهم ممـــن يعتنقـون أفكـارا تعارضها، ولا يعادونها أو يهددونها.

المبحث الخامس

تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب

٥٧٤- ويتعين أن يكون واضحا أن إعلان السلطة التنفيذية أو التشريعية أو بالتفاهم بينهما، حربا على دولة أخرى، ليس مجرد إفصاح عن النوايا قبلها، وإنما هو ابتداء وانتهاء ضمان لشنها وتوجيهها بوسائل مقتدرة، وبالطرق الأفضل لتحقيق نتائجها المرجوة.

وصح القول بالتالى بأن ما لا يكون مقبولاً دستورياً من القوانين فى زمن السلم، قد يكون موافقاً للدستور إذا أقرتها السلطة التشريعية بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، وأن أوجه الحماية التى يكفلها الدستور لحقوق الأفراد وحرياتهم تقتضى معاملة مختلفة وقت الأعمال الحربية، وفي سياقها The Military Context.

وآية ذلك أن بعض صور التمييز التى تعتبر منهيا عنها زمن السلم لمخالفتها للدستور؛ هى ذاتها التى تعتمدها -أحيانا- جهة الرقابة على الدستورية إذا اقتضتها الأوضاع الحربية وفرضتها متطلباتها.

فالتمييز بين المواطنين تبعاً لأصلهم غير جائز أصلاً. ولكن المحكمة العليا الفيدرالية أقرت دستورية قانون صدر عن الكونجرس يخول الحكومة احتجاز وإعادة توطين اليابانيين المقيمين فى الساحل الغربى للولايات المتحدة الأمريكية، بالرغم من أن هؤلاء اليابانيين صاروا من مواطنيها بعد ميلادهم فيها. وكان سندها فى ذلك، أن هذا القانون، توخى منعهم من أعمال التجسس وغيرها من الأعمال التخريبية Sabotage وكذلك صون الشواطئ الغربية للولايات المتحدة الأمريكية من احتمال هجوم معاد من اليابان عليها، وعلى أساس أن هذا القانون كان متناسبا مع الخطر الماثل، شأنه فى ذلك شأن غيره من القوانين التى تفرضها الأوضاع الحربية وتقتضيها. فلا تكون القيود التى تفرضها جهة الرقابة على الدستورية على الهيئة النيابية فى زمن السلم، غير الوجه المقابل لإطلاق سلطاتها الاستثنائية زمن الحرب، بقدر توخيها الأغراض المقصودة من الأعمال الحربية[1].

([1]) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214, 220 (1944); See also, Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, second edition, p. 355.

والحكم الصادر عن المحكمة العليا في هذا لموضوع منتقد، ذلك أن مجرد احتمال وقوع أعمال عدائية من اليابان علي الساحل الغربي للولايات المتحدة الامريكية، لا يبرر اعتقال أو احتجاز مواطنين لمجرد أنهم من أصل ياباني. وكان بوسع الدولة أن تقيد تنقلاتهم، وأن تمنعهم من الاقتراب من مناطق معينة تحددها. فضلا عن أن الإجراء المتخذ ضد الأمريكيين من أصل ياباني، لم يتعلق بمن يناوئون منهم الحكومة أو يهددونها.

وفى ذلك يقول Laurence H. Tribe أن النظرة القضائية لسلطات الحرب باعتبارها غير محدودة فى مداها –وخاصة أثناء الحرب ذاتها– هى التى تقدم فى النهاية، أكثر الدعائم قـــوة للرقابة الصارمة التى تفرضها السلطة القضائية على السلطة التشريعية من أجل حملها علـــي تنفيذ الحقوق الخاصة زمن السلم.

فإذا لم تقم السلطة القضائية بواجبها في تذكير السلطة التشريعية بالتزاماتها الدســتورية حين يكون بوسعها أن تنبهها إلي ضرورة النزول عليها، فإن الأقل احتمـــالاً هـــو أن تكبـــح السلطة التشريعية زمام نفسها بيدها إذا كان احتماء المحاكم بصمتها هـــو خيارهـــا العملـــي الوحيد([1]).

The judicially illimitable character of war powers, especially during war itself, is ultimately one of the strongest arguments for strict judicial enforcement of private rights in peacetime. If the judiciary does not remind congress of its constitutional obligations when such reminder is possible, it is less than likely that congress will remember to restrain itself when the courts see no practical alternative to silence.

([1]) Laurence H.Tribe, American Constitional Law, Secnd sdition, P.355.

المبحث السادس
مظاهر استعمال سلطة الحرب

٥٧٥- كذلك لا حصر لصور تدخل السلطة التشريعية من خلال سلطة إعلان الحرب -التي تفيد ضمنا حق التعامل مع الآثار المترتبة علي توقفها- لتنظيم أوضاع القوات المسلحة، كإقرارها قانونا بحظر الدخول إلى مواقعها -وأحيانا إلى دائرة مجاورة لها- لغير المأذون لهم بالنفاذ إليها؛ وإخضاعها العاملين فيها لنظم استثنائية في طبيعتها لتحكم سلوكهم في القواعد الحربية وغيرها من الأماكن التي يحشدون فيها؛ وتقريرها لجرائم خاصة بهم ومحاكمتهم وفق قواعد إجرائية ينفردون بها؛ وإنشاء محاكم من نوع خاص بقصد عقابهم عن الجرائم العسكرية، وفق نظم مخالفة لتلك التي يألفها المدنيون؛ ومقاضاتهم أمام هذه المحاكم -أيا كان مكان تواجدهم- هم والمدنيون الذين يرتبطون بالنظم العسكرية بصلة وثقي علي وجه أو آخر، وسواء كان خروجهم علي هذه النظم أثناء خدمتهم الفعلية، أم وقت استدعائهم من الاحتياط لتدريبهم، بشرط أن يكونوا من العاملين في القوات المسلحة وقت ارتكابهم الجريمة([1]).

وحتى في النظم الفيدرالية، فإن للسلطة التشريعية أن تمنع كل ولاية في الاتحاد من فرض ضريبة على الملكية الشخصية للجنود الذين يكلفون بمهام داخل حدودها الإقليمية، ولو كان موطنهم واقعا فيما وراء حدودها([2]).

وقد تقيم الدولة طرقا سريعة لدعم الأعمال الحربية أو تعمل علي تحقيق متطلباتها من خلال تطوير القوة النووية، أو تعيد بناء النظم التعليمية لأغراض الدفاع. وقد تعمل علي حفز همم المقاتلين من خلال تقرير قواعد إجرائية غايتها تأجيل نظر القضايا التى تقام ضدهم؛ وإرجاء تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وحظر إخلاء عائلاتهم من الأماكن التى تسكنها؛ وتقييد تنفيذ الرهون التى رتبوها على أموالهم، إذا تخلفوا عن الوفاء بديونهم المضمونة بها؛ وإمهالهم إلى ميسرة لإيفاء أقساط بيوع دخلوا فيها([3]).

([1]) Solorio v.United States, 483 U.S.435 (1987).
([2]) Dameron v.Brodhead, 345U.S.322 (1953).
([3]) ظاهر من هذه التدابير، أن المقصود بها هو عدم تشتيت انتباه أفراد القوات المسلحة لضمان تفرغهم لمهامهم القتالية.

يعاب علي المحاكم العسكرية خضوعها لتأثير القادة العسكريين. كذلك فإن مستويات الضمانات القضائية في المحاكم العسكرية مختلفة عنها في المحاكم المدنية.

See O'Callahan v.Parker, 395 U.S. 258,263- 264(1969).

ويندرج في إطار دعم المقاتلين؛ رعايتهم صحيا، وصون بيئتهم من ملوثاتها، بما في ذلك وقايتهم من الأمراض على اختلافها، وحظر تداول الخمور أو عرضها في أماكن مجاورة من القواعد الحربية([1])؛ والاستيلاء على صناعة بذاتها كلما كان ذلك ضرورياً لضمان فعالية الدفاع عن الوطن. بل إن هذا الاستيلاء يكون لازماً كذلك، إذا أثار العمال شغباً في صناعة معينة بما يعطل إنتاجها، أو كان إضرابهم وامتناعهم عن العمل فيها، قد طال أمده.

ذلك أن دعم المجهود الحربي قد يقتضي من الدولة حمل صناعة بذاتها، على أن يكون إنتاجها متواصلاً، وهو أمر لا يقل أهمية عن إلزامها المواطنين أداء خدمتهم الجبرية في قواتهم المسلحة. إذ يدخل كلاهما في إطار دعم الأعمال الحربية وتوفير وسائل تفوقها([2]).

The Constitution grants to Congress power to raise and support armies, to provide and maintain a navy, and to make all laws necessary and proper to carry out these powers into execution. Under this authority, Congress can draft men for battle service. Its power to draft business organisations to support the fighting men who risk their lives, can be no less.

وشأن الاستيلاء على صناعة بذاتها، شأن الاستيلاء على غيرها من الأموال المملوكة ملكية الخاصة.

ذلك أن اختيار الوسائل الأفضل لرد الخطر العام -ولو كان من بينها أخذ الملكية الفردية من أصحابها- يعتبر إجراء ضرورياً وملائما؛ علي تقدير أن مواجهة هذا الخطر ضرورة لا مناص منها، كلما كان دفعه أمراً لا يحتمل التأخير.

على أن أخذ هذه الأموال من أصحابها -وإن لم يتخذ صورة نزع ملكيتها لمصلحة عامة- مؤداه حرمانهم منها. ويتعين بالتالي أن يكون مقابل تعويض عادل، ولو كان هذا الاستيلاء لمواجهة خطر عاجل، أو واقعاً زمن الأعمال الحربية وبسببها.

فإذا لم يكن التعويض شاملاً ما حاق بأصحابها من ضرر، وما فاتهم من غنم من جراء حرمانهم نهائيا من ملكهم؛ أو عن مدة هذا الحرمان إذا أخذ ملكهم بصفة مؤقتة؛ كان هذا

([1]) Mckinley v.United States, 249 U.S. 397 (1919).

([2]) يندرج تحت دعم المجهود الحرب، إنشاء الخزانات وتشييد الطرق السريعة ومحطات القوي الكهربائية كلما كان ذلك لازما لإمداد القوات المسلحة باحتياجاتها.

Ashwander v.Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936).

التعويض غير عادل. إذ يتعين في كل حال أن يكون التعويض بقدر كامل القيمة التي جردهـا المشرع من ملكهم، محدد مقدارها وقت هذا التجريد[1].

The full value of the property contemporaneously with the taking.

ويقوم الحق في التعويض كذلك، إذ دمر مواطن أموالا يملكها توقيا لوقوعها فـي يـد العدو.

وللسلطة التشريعية -وفي مجال استعمالها لسلطة الحرب- أن تغلق أية صناعة لا تفيـد في دعم المجهود الحربي، إذا كان تحويل طاقتها والعاملين فيها لدعم الأعمال الحربية أكـثر نفعا. إذ يدخل ذلك في إطار التنظيم الدقيق لكافة الموارد، بما يكفل تسخيرها اقتصاديا لتحقيـق المهام القتالية على أفضل وجه. وهي مهام غايتها ضمان حرية الوطن مـن خـلال رجـال يضحون -بما لا حصر فيه- بأرواحهم.

وما لم تدخل الدولتان المتحاربتان في معاهدة دولية يعدلان بها من الأحكام القائمة فـي القانون الدولي العام في شأن غنائم الحرب، فإن هذه الغنائم تكون حقا خالصا للدولة المستولية عليها([2]). بل إن لكل دولة حق إبعاد رعايا الدول التي تعاديها عن إقليمها، أو تحديد إقامتـهم فيـه، أو القبـض عليـهم دون قيـود إجرائيـة. بـل ومحاكمتـهم بصـورة مختزلـة Summary Justice.

ذلك أن كون الشخص أجنبيا، لا يعتبر سببا للتدابير المتخذة قبله، وإنما كـان النـزاع المسلح سببها، وبلده طرفا فيه. ويجوز بالتالي إبعاد غير المواطنين حتى بعد انتهاء الأعمـال الحربية([3]). بل وتقديمهم إلى المحكمة العسكرية إذا تم ضبطهم داخل الدولة، أو فـي مواقـع القتال، أو في أماكن قريبة منها، أو تتصل بها، خاصة إذا كانوا من المقاتلين المتخفين في غير أزيائهم، للعمل في الخطوط الخلفية([4]).

٥٧٦- ويظل القانون العسكري هو القاعدة التي تحكم كافة الأعمال التي تقع في منطقـة العمليات الحربية. ويفترض ذلك أن تكون المحاكم المدنية عاجزة عن مباشرة ولايتـها. فـإذا كانت أبوابها مفتوحة لمن يطرقونها، وكانت تباشر ولايتها فعلا في المنطقة التي تدعي السلطة

([1]) United States v. Bethlehem Steel Corp. 315 U.S. 289 (1941).
([2]) The Hampton ,5 Wall (72 U.S.)372,376 (1867).
([3]) Ex Parte. Ouirin, 317 U.S.1 (1942).
([4]) Ludecke v.Watkins, 335 U.S.160 (1948).

العسكرية أنها مسرح للأعمال الحربية؛ ووقوع العمليات الحربية فيها، فإن قرار هذه السلطة في ذلك، لا يقيد جهة الرقابة علي الدستورية([1]).

كذلك فإن تفويض محافظ في إقليم أو حاكم في ولاية، بإعلان الأحكام العسكرية في بعض المناطق، لا يخوله إنشاء محاكم عسكرية تعمل إلى جوار المحاكم المدنية القائمة بمهامها دون عائق.

فإذا أحال المحافظ أو الحاكم، المدنيين عن جرائمهم المدنية إلى هذه المحاكم، كان قراره في ذلك باطلا([2]).

([1]) Ex Parte Milligan, 4 Wall (71 U.S.) 2 (1866).
([2]) Duncan V.Kahanamoku, 327 U.S.304 (1946).

المبحث السابع
حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة

٥٧٧- وللسلطة التشريعية -وبحكم اختصاصها بإقرار القواعد القانونية التى تحكم الأقاليم التى احتلها الجيش أو الأسطول- أن تفوض رئيس الجمهورية فى ذلك.

ولئن دل هذا التفويض على عزمها تخويل رئيس الجمهورية سلطة تنظيم الأوضاع المختلفة لهذه الأقاليم بما يلائمها، وبقدر كبير من المرونة التى تقتضيها احتياجاتها؛ إلا أن هذا التفويض لا يعتبر تخليا من جهتها عن اختصاصها الأصيل فى إقرار كافة القوانين التي تقتضيها سلطات الحرب الاستثنائية. وتظل الأقاليم المحتلة مختلفة فى المعاملة القانونية التى تحكمها، عن الأقاليم التى تقرر دمجها فى الوطن الأم Incorporated Territories.

فبينما يفترض إلحاق إقليم بآخر وفق قواعد القانون الدولي العام، ضمهما إلى بعض ودمجهما في كيان واحد لا تمييز بين أجزائه؛ ليعامل الإقليم المنضم وفق القواعد ذاتها التي تطبقها الدولة الضامة علي مواطنيها، فلا يحرمون حقا أو حرية كفلها الدستور لكل مواطن؛ فإن الأقاليم المحتلة تظل لها ذاتيتها، فلا تحيلها سلطة الاحتلال إلى أراض تضمها إليها بغير موافقة أهلها الذين يملكون وحدهم حق تقرير مصيرها.

ولئن صح القول بأن لكل دولة أن تحكم الأقاليم التى فتحتها، وأن تقيم فيها السلطة التى تعهد إليها بإدارة شئونها؛ إلا أن إلحاقها الأقاليم التى غزتها، بإقليمها هى، مؤداه اغتصابها لها، وإلحاق شعوبها بمواطنيها بمنطق القوة والغلبة، الذى يتأبى على قواعد القانون الدولى العام فى مفهومها المعاصر.

ومجرد فرض الدولة الغازية لسلطاتها على الأقاليم التى قهرتها، لا يحيل سلطاتها هذه إلى حقوق دائمة. وإنما تظل لهذه الحقوق طبيعتها العرضية، إلى أن تستعيد السلطة الوطنية في الأقاليم المحتلة، صلاحياتها، سواء من خلال معاهدة دولية، أو بغير ذلك من الوسائل القانونية التى تملكها وفقاً لقانون الأمم.

ولئن قال البعض بأن الدولة التي احتلت الأقاليم التي غزتها، مقيدة بأن تحكمها وفق قواعد الدستور ذاتها التي تطبقها علي مواطنيها، وأن هذه القواعد لا يجوز وقفها أو تعطيلها

في هذه الأقاليم لمدة قصيرة أو طويلة؛ إلا أن وجهة النظر الأدق هى أن سكان تلك الأقاليم لا يتمتعون بأية ضمانة دستورية غير تلك التـــى تتصـــل بحقوقـــهم أو حرياتـــهم الطبيعيـــة أو الجوهرية([1]).

وليس للسلطة التشريعية بالتالى أن تطبق فى الأقاليم المحتلة قوانين جنائية بأثر رجعى، ولا أن تفرض على سكانها عقوبة مهينة؛ ولا أن تلزمهم باعتناق عقيدة بعينها؛ ولا أن تعطلهم عن مباشرة شعائر عقيدة دخلوا فيها؛ أو تحملهم على القبول بآراء يعارضونها. وليس لـــها أن تمنعهم من حق العمل لصلته الوثقى بالحق فى الحياة؛ ولا أن تفرض عليهم أشكالاً من السخرة يأبونها؛ ولا أن تقدمهم إلى غير قضاتهم الطبيعيين؛ ولا أن تعامل جرائمـــهم فـــى نموذجـــها المدنى بوصفها جرائم عسكرية ضد سلطة الاحتلال؛ ولا أن تردهم عن التقدم بظلاماتهم إلـــى هذه السلطة كى تحققها وتفصل فيها؛ ولا أن تمنعهم من اقتضاء حقوقـــــهم جـــبراً بالوســـائل القانونية، عند إنكارها.

وينبغي التسليم دوما بأن لسكان المناطق المحتلة حقوقا أساسية لا يجوز التفريط فيـــها، أهمها أن احتلال أرضهم لا يجوز منعهم من الوسائل الضرورية التى تكفل أمنـــهم، أو التـــى توفر لاحتياجاتهم المعيشية -وعلى الأقل فى حدها الأدنى- أسبابها؛ ولا أن تقلص فرصهم فى الإبداع والابتكار وغيرها من الفرص التى يتصل استثمارها بآدميتـــهم، ولا أن تنـــال بوجـــه خاص من الحق في الحياة وفي العمل، ولا أن تخل بكرامتهم أو تستبد بشـــئونهم فـــي غـــير ضرورة.

([1]) Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244 (1901).

المبحث الثامن
بين إعلان الحرب وإنهائها

٥٧٨- وكما أن إعلان الحرب يعتبر من الأعمال السياسية التى لا يجوز إخضاعها لرقابة الجهة القضائية التى أقامها الدستور على صون أحكامه؛ فإن إنهاءها يعتبر كذلك عملاً سياسياً، سواء كان هذا الإنهاء من خلال معاهدة سلم بين الدولتين اللتين كانتا متخاصمتين؛ أم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بمجلسيها؛ أم بقرار يوافق هذان المجلسان أو أحدهما عليه؛ أم بقرار يصدر عن رئيس الجمهورية إذا كان مختصا بإعلان الحرب. وليس لأحد بالتالى أن يقيم خصومة قضائية يدعى فيها أن الحرب المقول بانتهائها، لا تزال متقدة نيرانها؛ أو أنها لم تعد قائمة فى حقيقتها بما يناقض إعلانا رسميا باستمرارها.

٥٧٩- ويثير نص المادة ١٥٠ من دستور جمهورية مصر العربية إشكالاً غاية فى الأهمية. ذلك أن رئيس الجمهورية يختص بإعلان الحرب بموافقة السلطة التشريعية ... فهل يعتبر إنهاؤها كذلك معلقا على قبولها هذا الإجراء..!!

ما أراه، هو ضرورة التمييز بين إعلانها وإنهائها. ذلك أن ما نص عليه الدستور من عدم جواز إعلان رئيس الجمهورية حربا على دولة أخرى بغير موافقة السلطة التشريعية، مرده أن إعلانها يحمل فى ثناياه مخاطر وخيمة عواقبها على حياة المواطنين وأموالهم وحرياتهم. كذلك فإن إعلانه هذه الحرب، مؤداه أن تخوضها بلده بكل مواردها وقدراتها بما يمتصها، ويعطل لسنين عديدة التنمية بكل أشكالها، وعبر مراحلها المختلفة، فلا تبقى غير آلة الحرب تدور عجلتها دون انقطاع، وتغذيها مصر بدماء أبنائها وعرقهم. وقد تؤول فى نتائجها إلى احتلال إقليمها أو جزء من هذا الإقليم، أو تقويض اقتصادها لمدة طويلة.

وكان منطقياً بالتالى أن يعلق الدستور إعلان رئيس الجمهورية حربا ضد دولة أخرى، على موافقة السلطة التشريعية التى يمثل أعضاؤها هيئة الناخبين، ويبلورون إرادتها تعبيراً عنها.

ويفترض بالتالى ألا يوافق هؤلاء الأعضاء على ذلك الإعلان، إلا بعد تقييمهم لطبيعة الحرب التى يراد إعلانها، ونطاق الضرورة الملجئة التي اقتضتها؛ وملاءمة هذا الإعلان فى توقيته.

ولا كذلك قرار إنهائها أو إنهاء حالتها، إذ يعود هذا القرار بالأوضاع القائمة إلى حالتها الطبيعية، فلا يبقى من شرور الأعمال الحربية غير تضميد كافة جراحها بالوسائل القانونية السليمة.

ولا تقوم ثمة ضرورة بالتالى لتعليق انتهاء الأعمال الحربية على موافقة السلطة التشريعية. والسوابق على ذلك كثيرة، من بينها أن الدستور الأمريكى وإن خول رئيس الجمهورية سلطة الدخول فى أية معاهدة دولية يقدر ملاءمة توقيعها أو الانضمام إليها، بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ؛ إلا أن الخروج منها لا يتقيد عملا بهذا القيد؛ إذ يجوز لرئيس الجمهورية إنهاءها بغير الرجوع إلى هذا المجلس. وكثيرا ما أقر الكونجرس هذا الإجراء، ولو بطريقة ضمنية.

٥٨٠- ولأن لكل حرب أوزارها، فإن نهايتها تميتها إذ هى خاتمتها. ومن ثم يجوز إنهاء حالتها إما بمعاهدة دولية أو بقانون، أو بإعلان يصدر عن رئيس الجمهورية.

فالمعاهدة الدولية التى تبرمها الدول أطرافها لتحقيق السلم فيما بينها بعد تطاحنها بالقتال، تعتبر إعلانا بانتهاء الأعمال العدائية بكل صورها وأشكالها، فلا تكون العودة إليها غير إخلال بالمعاهدة التى حظرتها.

ويفترض أن تصدق هذه الدول على تلك المعاهدة، حتى يسوغ القول بانتهاء الأعمال العدائية موضوعها. إذ يتعين التمييز بين انتهاء هذه الأعمال واقعياً؛ وبين زوالها قانوناً.

فانتهاء تلك الأعمال بصورة فعلية، لا يفيد زوالها قانوناً. وقد تظل حالتها قائمة فيما بين الدول أطرافها، ولو بعد كفها عن القتال، ما دام لم يصدر عنها إعلان بعودة الأوضاع الطبيعية إلى حالتها.

ولا كذلك التدخل بأداة قانونية تعلن بذاتها انتهاء القتال، سواء تم هذا الإجراء فى شكل معاهدة دولية، أم فى صورة قانون، أو قرار من رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى لأفرع الجيش المختلفة.

ويظل مطلوباً فى كل معاهدة دولية قصد بها إنهاء القتال، ألا يتراخى إبرامها والتصديق عليها، إلى ما بعد انتهاء الأعمال العدائية -عملا- بفترة طويلة؛ وإن جاز القول بأن هذا الإرجاء كثيراً ما يكون فى مصلحة الدول المنتصرة فى الحرب، حتى تفرض كلمتها على

الدول المهزومة، فلا تبلور المعاهدة التى تدخل فيها معها، غير أصداء هزيمتـــها، لتبخســها نصوص هذه المعاهدة، كافة حقوقها.

وأيا كانت أداة إنهاء حربها مع هذه الدول، فإن هذا الإنهاء يعتبر من الأعمال السياســية التى تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية.

ولرئيس الجمهورية فى إطار سلطته فى إدارة الشئون الخارجية، أن يهادن الدول التـــى دخل فى صراع معها من خلال اتفاق على أحكام هذه الهدنة التى يصير القتال على ضوئـــها، موقوفاً.

وهى هدنة قد يستصوبها تحفزاً للقتال من جديد، أو بوصفها بداية منطقية لتصالح الدول المتناحرة مع بعضها، وإن كان الاحتمال الثانى، هو الأرجح.

المبحث التاسع
أموال الأعداء وغنائم الحرب

٥٨١- وفيما يتعلق بأموال الأعداء، ينبغي أن يلاحظ أن مجرد إعلان الحرب، ليس مؤداه بالضرورة مصادرة هذه الأموال، وإن جاز لكل من الدولتين المتحاربتين الأمر بهذه المصادرة كإجراء ردع يتوخي حرمان الدولة المعادية من أية موارد تعينها علي المضي في الأعمال الحربية.

ولا تعتبر المصادرة بالتالي جزاء علي جريمة اقترفها شخص ينتمي إلى العدو بجنسيته(1).

وكما تجوز مصادرة هذه الأموال؛ يجوز كذلك احتجازها وفرض الحراسة عليها إذا قام الدليل علي أن الذين تعلق بهم هذا الإجراء يملكونها فعلا، لا تتقيد الدولة في ذلك لا بشرط الوسائل القانونية السليمة، ولا بأداء تعويض عنها.

فإذا كان أحد المواطنين مالكا لهذه الأموال، كان من حقه طلبها حال بقائها، أو التعويض عنها حال هلاكها.

ولا يلتزم المواطن الذى أضير من جراء هذه التدابير الخاطئة، بما عسى أن تكون الدولة قد أنفقته على تلك الأموال من أجل صيانتها. إذ عليها وحدها أن تتحمل خطأ نسبتها أموالاً يملكها أحد مواطنيها، إلى أعدائها.

ولا كذلك غنائم الحرب Prises of War، التي تستولي الدولة عليها أثناء عملياتها الحربية؛ إذ لا يتصور أن يكون لسواها حق فيها بغير ترخيص من السلطة التشريعية(2).

وهو ما يتحقق في الحروب الأهلية بوجه خاص التي تستولي فيها الدولة علي سفن المتمردين وغير ذلك من أموالهم، باستثناء المواطنين المخلصين لها في الحرب الأهلية الدائرة رحاها بين الفريقين المتنازعين.

---

(1) Honda v.Clark, 386 U.S. 484 (1967).
(2) The Siren, 13 Wall. (80 U.S.) 389 (1871).

المبحث العاشر

تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب

٥٨٢- الأصل أن تعمل كل سلطة -سواء في زمن الحرب أو السلم- في حدود الولاية الموكولة لها([1]).

ويفترض أصلا فى التفويض، أن يكون متضمنا بيان الخطوط والمعايير العريضة التى يقوم عليها. إذ هو ترخيص لرئيس الجمهورية بمباشرة الأعمال التى يشملها التفويض. ومن ثم كان التفويض سابقا على إتيانها.

بل إن السلطة التشريعية قد تجيز أعمالاً من طبيعة حربية باشرها رئيس الجمهورية قبل صدور قانون التفويض، إذا كان لها دوافعها من الضرورة الملجئة لها. إذ تعتبر إجازتها بمثابة تصديق عليها.

ولا يجوز فى التفويض، أن يكون مخالفاً لقواعد الدستور التى تظل المواطنين جميعهم بكل فئاتهم، وفى كافة أوقاتهم، وعلى تباين ظروفهم. ويبطل بالتالي تفويض رئيس الجمهورية في إهدار قوة الأحكام القضائية سواء برفض النزول عليها أو بتعليق نفاذها علي تصديقه، ولو صدر الحكم من محكمة شكلها المشرع من الضباط، واختصها بقواعد إجرائية تتعلق بها.

وتميل السلطة التشريعية إلي تفويض رئيس الجمهورية في زمن الحرب في كثير من المهام التي تتصل بإعداد الجيوش والأسطول وتهيئتها للقتال([2]).

ذلك أن الاستخدام الأمثل لسلطات الحرب يقتضي مباشرتها بأكبر قدر من المرونة لاختيار أفضل الوسائل وأكثرها حسما لتحقيق الفوز في القتال. وجاز بالتالي تفويض رئيس الجمهورية ليس فقط في مواجهة الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، والرد عليها بكل الوسائل؛ بل كذلك في العمل علي تجنبها وتوقيها قدر الإمكان. ومن ذلك تفويض رئيس الجمهورية في فرض قيود قاسية علي التجارة مع الدول التى تسخر إمكاناتها أو توظفها في اتجاه تضخيم آلتها الحربية؛ أو تجهر بنواياها العدائية، أو التي تدل النذر علي سعيها للقتال. أو تهيئتها أو افتعالها لأسباب الصدام.

([1]) Lichter v.United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

([2]) N.Grundsten, Presidential of Authority in Wartime (Pittsburgh 1961).

كذلك فإن من بين التدابير التى يجوز اتخاذها ضد مثل هذه الدول، مقاطعتها وتحجيمها، بما يعزلها عن أسرة الدول، ويعطل أو يقيد صور التعامل معها، أو الاتصال بها.

ولا تضيق جهة الرقابة على الدستورية من السلطة التى تخولها الهيئة النيابية لرئيس الجمهورية لتحقيق هذه الأغراض. ولكنها تأذن بها، وباتساع دائرتها لتعلقها بمصالح حيوية لا يجوز إغفالها.

وقد يأمر رئيس الجمهورية بشن أعمال حربية فيما وراء حدود بلده، قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قراراً بإعلانها حرباً على بلد آخر. ذلك أن الدستور حتى وإن حظر على رئيس الجمهورية إعلانها أو إحداثها بقرار منفرد يصدره، إلا أنه من الناحية العملية كثيراً ما تبدأ الأعمال الحربية قبل أن تأذن السلطة التشريعية بها من خلال إعلان يصدر عنها بذلك.

ويقال دائما بأن سلطة رئيس الجمهورية فى إدارة الشئون الخارجية وتصريفها، وكذلك فى إجهاض الأعمال العدائية جميعها وتوقيها قبل اندلاع شرارتها، وقتلها فى مهدها، تفيد بالضرورة أن يعمل على حماية أرواح مواطنيه وممتلكاتهم التى تتعرض للخطر فى الدول الأجنبية من جراء أعمال مخالفة القانون تهدرها، ويتعذر توقعها أو التحوط لها.

ذلك أن حمايتهم من المخاطر جميعها، واجبة سواء كانوا داخل بلدهم أو خارجها.

فإذا تهددتهم هذه المخاطر فى الدول الأجنبية التى يوجدون فيها، كان دفعها أو إجهاضها قبل وقوعها، لازماً، ولو باستعمال القوة التى لا يجوز التراخى فى اللجوء إليها، والتى لا خيار للسلطة التنفيذية فى تجنبها، لضمان أن توفر الحماية الكاملة لمواطنيها- وأيا كان موقعهم- بما يؤمن أرواحهم وحرياتهم وأموالهم من صور العدوان عليها على اختلافها.

٥٨٣- ولأن القوة لا تحطمها إلا قوة تواجهها وتقابلها، فقد ساغ استخدام كل عناصر القوة الحربية التى فى يده لقهر عدوان دولة أجنبية على حدود بلده. ولا يعتبر ذلك مجرد حق لرئيس الجمهورية، بل واجباً يتحمل مسئولية القيام به على الوجه الأكمل، غير ملزم فى ذلك بإعلان السلطة التشريعية حرباً على الدولة الغازية، ما لم تمنعه بنفسها من اللجوء إلى القوة، إذ يعتبر قرارها هذا، إنكارا منها لحالة الحرب التى يدعيها؛ ونقضا من جانبها لتقديره تحقق أسبابها؛ واستعادة لاختصاصها فى أن تقرر بنفسها وقوع حرب فى زمن دون آخر، أو عدم وقوعها على الإطلاق.

٥٨٤- وقد يباشر رئيس الجمهورية من خلال معاهدة دولية سلطة جديدة لم يكن مخولاً بها قبل الدخول فيها. وهو ما يتحقق على الأخص فى أية معاهدة دولية توثق بين أطرافها تحالفا حربيا.

ذلك أن موافقة السلطة التشريعية على هذه المعاهدة، يفيد ضمنا تخويلها رئيس الجمهورية حق استخدام القوة لتنفيذ أحكامها.

٥٨٥- وكلما كان شن الحرب حقا مقصوراً على السلطة التشريعية بنص فى الدستور، فإن قرار إعلانها يكون من امتيازاتها التى لا يجوز أن تفوض غيرها فيها بالنظر إلى خطورة الحرب فى نتائجها وعظم مسئولية إثارتها، وبما لا إخلال فيه بحق رئيس الجمهورية فى مبادرة كل غزو بالتدابير التى يراها كافية لدحره؛ وأن يلاحق كل عصيان داخل بلده بما يعيد أوضاعها الطبيعية إلى حالتها. ذلك أن رئيس الجمهورية يتدخل فى هاتين الحالتين لإنهاء خطر كان داهما وحالا.

المبحث الحادي عشر
إعلان الحكم العرفي

٥٨٦- ولرئيس الجمهورية أو من يفوضه، وللسلطة التشريعية كذلك، إعـــلان الحكـم العرفي([1]) Martial Law في المناطق التي دهمتها الأعمال الحربية، أو في منـــاطق التوتـر والعصيان داخل بلده.

ويندرج في إطار سلطة الحكم العرفي، أن تتوافر للقائمين عليها حرية انتقاء الوســائل التي تكفل مقابلة القوة بالقوة، وإعادة النظام بعد انفراط عقده. على أن يكون مفهوماً أن لحرية انتقاء الوسائل ضوابطها ومبرراتها وكوابحها.

وشرط ذلك أن تقوم في بنيانها على تقدير موضوعي، وأن تصدر في إطار من حسـن النية، وأن يكون غرضها مواجهة مخاطر تؤدي مباشرة إلى الفوضى، أو توقي تداعياتها حتى لا تتفاقم أثقالها. فلا يكفي في المخاطر إمكان توقعها. بل يتعين أن تشخص بنفسها بما يؤكـد حلولها، كأن يكون الغزو حقيقياً بما يعطل المحاكم المدنية عن عملها؛ ويقوض الإدارة المدنيـة ويمنعها من أداء واجباتها؛ ويعجز القوانين المعمول بها عن ضمان الحقوق الفردية، أو تـأمين سلامة المواطنين في مجموعهم بصورة ملائمة أو كافية.

وهذه القيود على مباشرة سلطة الحكم العرفي، هي التي تبين تخومها، وتراقبها الجهــة القضائية للتحقق من عدم تخطيها. ولا يجوز بالتالي أن يكون تدخل القائمين على هذه السـلطة في شئون الأفراد وحرياتهم الرئيسية، تحكمياً، وإلا كان مخالفاً للدستور.

([1]) يختلف قانون الحكم العرفي عن قانون الأحكام العسكرية، في أن الثاني لا يطبــق إلا علــى الأشــخاص المنتمين إلى القوات المسلحة، وذلك على خلاف الأول الذي يسري على المدنيين والعسكريين في آن واحد.

المبحث الثاني عشر
الاعتراض على احتجاز البدن

٥٨٧- وكلما كان للمواطنين امتياز التظلم من احتجاز أبدانهم بغير حــق The Writ of Habeas Corpus كان للسلطة التشريعية وحدها -فى الدول التى تكفل دساتيرها هذا الامتيــاز كالدستور الأمريكى- حق وقفه. وليس لرئيس الجمهورية اختصاص فى ذلك، إلا بناء علــى تفويض منها. ذلك أن الأصل هو أن تفصل السلطة القضائية بمحاكمها فى توافر شروط هــذا الامتياز أو تخلفها. ومن ثم كان الأصل فيه أن يظل ساريا، ما لم توقفه الســلطة التشــريعية بنفسها. وهو ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الأمريكى.

المبحث الثالث عشر
الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب

٥٨٨- وبمجرد التصديق على معاهدة للسلم بين المتحاربين السابقين، أو دخول هذه المعاهدة مرحلة التنفيذ بوجه آخر؛ فإن الأصل فى هذه المعاهدة، أن تعيد بقوة القانون -وبصفة تلقائية- إلى هذه الدول، الحقوق والواجبات التى تربط أعضاء الأسرة الدولية ببعض فى علاقاتهم السلمية. بما مؤداه أن كل الأعمال التى كان ينظر إليها وقت الحرب كأعمال مشروعة -كالهجوم على سفن الدول المعادية، وحصار موانئها، وتدمير جيوشها وحصونها، وغزو إقليمها- تعتبر محظورة بعد نفاذ تلك المعاهدة.

فإذا لم تكن قوات إحدى الدول أطرافها، على علم بالمعاهدة، فإن مضيها فى الأعمال الحربية يقتضيها التعويض عنها. وعليها أن تعود إلى النقاط ذاتها التى كانت فيها وقت إبرام المعاهدة، فتخلى الأقاليم التى غزتها، وتحرر الجنود والضباط الذين أسرتهم، وترد السفن التى حازتها.

٥٨٩- ويلاحظ أن معاهدة السلم حتى مع النص فيها على إسقاط جرائم الحرب عن مرتكبيها؛ إلا أن إدانتهم بسببها يظل حقا للدولة المضرورة منها بوجه خاص، وللجماعة الدولية بوجه عام.

ذلك أن هذه الجرائم -ولو كان الآمر بارتكابها قائداً من رتبة أعلى- تناقض قواعد القانون الدولى العام.

وهو ما تؤكده القواعد المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية التى لا تعتبر ولايتها بالفصل فى الجرائم التى تدخل فى اختصاصها، ولاية منفردة، ولكنها تقوم إلى جوار النظم الجنائية الوطنية وتكملها[(١)] Complementary to National Jurisdictions، وتباشر المحكمة الجنائية ولايتها فى الحدود المقررة بنظامها، وعلى صعيد جرائم بعينها هى جريمة العدوان The Crime of Agression وجريمة إبادة عنصر من البشر The crime of Genocide، وجرائم الحرب War Crimes والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity.

---

(١) تبين المادة ١٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كيفية مباشرة النظم الجنائية الوطنية لاختصاصها فى مجال معاقبة المتهمين بالجرائم التى تشملها ولاية المحكمة الجنائية الدولية.

ومن ثم لا تباشر المحكمة الجنائية ولايتها في غير هذه الجرائم التي حددتها حصرا المادة ٥ من نظامها، وفصلتها المواد ٦،٧،٨ وذلك على النحو الآتي:

أولاً:

جريمة إبادة عنصر من البشر

٥٩٠- في تطبيق حكم المادة ٦ من نظام المحكمة الجنائية الدولية؛ يقصد بهذه الجريمة، قتل أعضاء جماعة؛ أو إصابتهم بأضرار عقلية أو بدنية خطيرة؛ أو إحاطتهم بأوضاع حياتية تم ترتيبها بقصد تدمير الجماعة التي ينتمون إليها، كليا أو جزئيا؛ أو فرض قيود على أعضائها تتوخى حرمانهم من أن يتخذوا لأنفسهم أولادا؛ أو نقل أطفالها بالقوة إلى جماعة غيرها، بشرط أن تكون هذه الأفعال جميعها موجهة لتدمير الجماعة -كليا أو جزئيا- بالنظر إلى نوازعها الوطنية أو توجهاتها الخلقية أو لاعتبار يتعلق بعرقها، أو بعقيدتها.

ثانياً:

الجرائم ضد الإنسانية

٥٩١- وفي تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بالجرائم ضد الإنسانية أحد الأفعال الآتي بيانها، إذا كان ارتكابها جزءا من خطة شديدة الاتساع، أو تبلور سلوكا منهجيا للعدوان المباشر A Widespread or Systematic Direct Attack على جماعة مدنية، مع العلم بأبعاد هذا العدوان. وهذه الأفعال هي:

١. القتل؛ والتصفية Termination؛ والاسترقاق Enslavement؛ وإبعاد سكان أو نقلهم بالقوة؛ وتقييد حريتهم سواء بالسجن، أو بغير ذلك من الوسائل القاسية التي تضر بأبدانهم بالمخالفة للقواعد الجوهرية للقانون الدولي؛ وكذلك اغتصابهم؛ وحملهم على الدعارة؛ واستعبادهم جنسيا Sexual Slavery؛ وإخصابهم بالقوة Forced Pregnancy؛ وتعقيمهم جبرا Enforced Sterilization؛ وغير ذلك من الأعمال الجنسية العنيفة التي لها ذات الجسامة Of Comparable Gravity.

٢. كل اضطهاد يكون موجها ضد كيان أو جماعة لها ذاتيتها، بناء على نوازع عرقية، أو سياسية، أو وطنية، أو خلقية، أو ثقافية، أو دينية، أو لاعتبار يتعلق بالجنس[1]؛ أو بناء

---

[1] يقصد بالجنس في تطبيق الفقرة / ٣ من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، الذكر والأنثى داخل الجماعة.

على مركز آخر يعتبر غير جائز فى مفهوم قواعد القانون الدولـــى فـى صلتـها بالأفعــال المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدوليـــة، أو بأيــة جريمة أخرى تدخل فى ولايتها.

٣. إخفاء الأشخاص جبرا([١])، وجريمة التمييز بين الأجناس عنصريا([٢]) The crime of apartheid.

٤. غير ذلك من الأفعال ذات الطبيعة المشابهة التى تلحق بالمضرورين منــها، قــدرا كبيرا من المعاناة، أو تصيبهم بمخاطر جسيمة فى أبدانهم أو صحتهم.

ثالثاً:
جرائم الحرب

٥٩٢- وعملا بنص المادة ٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، تختص هذه المحكمـــة بالفصل فى جرائم الحرب، وعلى الأخص إذا تم ارتكابها كجزء من خطة، أو سياسة، أو مــن دائرة واسعة تؤتى فيها هذه الجرائم.

ولأغراض هذا النظام، يقصد بجرائم الحرب:

١. أية أفعال يكون محلها الأشخاص والأموال الذين تحميهم إحدى اتفاقيــات جنيـــف ذات الصلة، ويكون من شأنها الإخلال الخطير بأحكامها، ويندرج تحتها:

٢. قتل الأشخاص عمدا، أو تعذيبهم، أو معاملتهم بطريقة تنافى كرامتهم، بما فى ذلــك إخضاعهم لتجربة بيولوجية.

([١]) يقصد باختفاء الأشخاص جبراً، القبض عليهم، واحتجازهم، أو اختطافهم من قبل أو بموافقـــة أو بدعـم الدولة أو التنظيم السياسى لهذه الأعمال أو رضاؤه بها، على أن يقترن ذلك برفض الدولة أو التنظيـــم، الاعتراف بحرمانهم من حريتهم، أو إعطاء أية معلومات عن أماكن اعتقالهم بقصد تجريدهم من حمايـــة القانون لفترة يطول زمنها أو يقصر.

([٢]) قصد بهذه الجريمة الأفعال غير الإنسانية التى ترتكب فى إطار نظام مؤســس علــى القمــع المنـهجى، وسيطرة جنس على جنس آخر، بقصد دعم هذا النظام وضمان استمراره.

٣. تعمد إصابتهم بأضرار بدنية أو صحية خطيرة؛ أو تعميق معاناتهم؛ وغير ذلك من الجرائم الخطيرة المخالفة -فى إطار قواعد القانون الدولى- للقوانين والقواعد العرفية التى يتم تطبيقها فى إطار الصراع المسلح، والتى يندرج تحتها:

٤. تعمد توجيه الهجوم ضد السكان المدنيين بوصفهم كذلك؛ أو ضد أفراد مدنيين ليس لهم دور مباشر فى القتال؛ أو ضد أشياء مدنية([١])؛ أو ضد أشخاص أو مبانى أو أدوات أو وسائل نقل أو وحدات لهم، أو لها صلة بأعمال المعونة الإنسانية، أو بتنظيم يعمل لحفظ السلام وفق ميثاق الأمم المتحدة؛ بشرط تمتعها بالحماية التى تكفلها هذه القواعد للمدنيين أو للأشياء المدنية. وفقاً لقواعد القانون الدولي التي تنظم علائق قانونية في أنزعة مسلحة بين أطرافها.

٥. تعمد شن هجوم مع العلم بالأضرار التى يرتبها، سواء فى ذلك ما اتخذ من صورها شكل إزهاق أرواح المدنيين، أو إصابتهم بجروح، أو الإضرار بأشياء مدنية؛ أو صورة مضار جسيمة واسعة الانتشار تنال من البيئة الطبيعية، ولا تبررها المزايا المتوقعة من الأعمال الحربية فى منظورها الإجمالى، بما يفقد هذه المزايا تناسبها مع تلك الأضرار.

٦. الهجوم وإلقاء القنابل -بكل الوسائل- على مدينة أو قرية، أو على مبان أو مساكن ليس لها ثمة حماية، ولا تعتبر كذلك هدفاً حربياً.

٧. قتل أو جرح المحاربين الذين سلموا أنفسهم اختياراً، بعد أن تخلوا عن أسلحتهم، ولم تعد لديهم وسائل للدفاع عن أنفسهم.

٨. إساءة استخدام علم الهدنة؛ أو علم آخر؛ أو رموز القوات المسلحة للعدو أو شاراتها أو أزيائها؛ أو علم الأمم المتحدة، إذا نجم عن سوء هذا الاستخدام وفاة أو جراح شخصية خطيرة([٢]).

٩. أن تقوم سلطات الاحتلال -بطريق مباشرا أو غير مباشر- بنقل جزء من شعبها إلى الإقليم المحتل من قبلها، أو طردها سكان هذا الإقليم، أو نقلهم من كل أجزائه أو بعضها، سواء إلى داخل الإقليم المحتل أو فيما وراء حدوده.

([1]) المقصود بالأشياء المدنية، الأشياء التى ليس لها طبيعة حربية.

([2]) يدخل كذلك ضمن العلامات التى لا يجوز إساءة استخدامها، العلامات المميزة لاتفاقيات جنيف
The distinctive emblems of the Geneva Conventions.

١٠. توجيه هجوم متعمد ضد المبانى المرصودة على أغراض خيرية، أو دينيـــة، أو علمية، أو تعليمية أو على الفن، أو ضد تماثيل تاريخية، أو ضد دور أو أماكن يودع المرضى والجرحى فيها، بشرط ألا تكون أهدافا حربية.

١١. تعمد إخضاع الأشخاص الذين يسيطر عليهم خصم معاد، لتجربة علمية أو طبية، أيا كان نوعها، أو لعمل يتعلق ببتر أطرافهم، إذا كان هذا الإجراء غـــير مــبرر بضــرورة يقتضيها علاجهم طبياً، وكان كذلك فى غير مصلحتهم؛ ومن أثره وفاة شخص أو أشــخاص أو تعريض صحتهم لمخاطر جسيمة.

١٢. قتل أو جرح أشخاص بطريق الخداع Treachously إذا كانوا ينتمون لأمة معاديــة أو لجيشها.

١٣. إعلان أن عفواً لن يمنح رحمة بأحد Declaring That no Quarter be Given.

١٤. تدمير أموال تملكها قوة معادية، أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن لذلـــك ضـــرورة تقتضيها الأعمال الحربية وتتطلبها.

١٥. حرمان المواطنين الذين ينتمون إلى خصم معاد، من الحقوق التى يملكونها وفقـــاً للقانون، سواء بإلغائها أو بوقفها أو بتقرير عدم جواز قبولها. وكذلك حملهم على الإسهام فـــى الأعمال الحربية الموجهة إلى بلدهم، ولو كانوا من المحاربين قبل بدئها.

١٦. نهب مدينة، أو مكان، حتى بعد أخذه عنوة.

١٧. استخدام السموم أو أسلحة لها سمية، أو الغاز الخانق، أو الغاز السام، أو غيرهـــا من السوائل أو المواد أو الأجهزة التى لها أثر مماثل؛ أو استعمال رصاص يتمدد، أو ينتشـــر بسهولة فى الجسم.

١٨. استعمال أسلحة أو صواريخ أو مواد أو وسائل حربية تحدث معاناة لا ضـــرورة لها، أو جراحا مغالى فيها Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.

١٩. إتيان أعمال شريرة -لا حياء فيها- ضد شخص أو أشخاص بما يخل بكرامتـــهم، وعلى الأخص عن طريق إذلالهم أو إهانتهم.

٢٠. تجويعهم عن طريق حرمانهم من وسائل الحياة وضروراتها كإجراء يدعم الأعمال الحربية ويقويها؛ رغم كونهم من المدنيين.

٢١. اغتصاب أشخاص أو استعبادهم جنسياً Sexual Slavery أو فرض الدعارة عليهم، أو إكراههم على الحمل[1] أو تعقيمهم جبراً حتى لا ينجبوا Enforced Sterilization.

٢٢- استخدام مدنيين أو غيرهم من الأشخاص المكفولين بالحماية، كدروع بشرية فى مناطق بذواتها بما يحول دون وقوع أعمال حربية فيها.

٢٣- قيد أو تسجيل أطفال أقل من خمسة عشر عاما، لحملهم على الخدمة الإلزامية فى القوات المسلحة الوطنية، أو لاستخدامهم فى الإسهام النشط فى الأعمال العدائية.

رابعاً:

ضوابط مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لولايتها

٥٩٣- تباشر هذه المحكمة ولايتها بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٥ من نظامها، وفق قواعده، وبمراعاة ما يأتى:

أ. أن تحيل إحدى الدول المعتبرة طرفا فى هذا النظام -ووفق نص مادته الرابعة عشرة- إلى سلطة الاتهام The Prosecuter، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ب. أن يحيل مجلس الأمن -ووفق ما ينص عليه الفصل ٧ من ميثاق الأمم المتحدة- إلى سلطة الاتهام، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ج. أن تكون سلطة الاتهام قد بدأت فى إجراء تحقيق فى شأن هذه الجريمة، وفق الأحكام المنصوص عليها فى المادة ١٥ من النظام.

([1]) يقصد بالإكراه على الحمل Enforced pregnancy الاحتجاز غير المشروع لامرأة وجعلها حاملاً بالقوة بقصد الإضرار بالتكوين الخلقى لأى شعب، أو بقصد الإخلال الخطير بقواعد القانون الدولى.

خامساً:

شروط قبول المحكمة الجنائية الدولية الفصل في الجرائم التي تدخل في ولايتها

٥٩٤- ولأن اختصاص هذه المحكمة -وعلى ما يبين من الفقـــرة العاشـــرة لديباجـــة نظامها- يعتبر مكملاً للنظم العقابية الوطنية، فإن عليها أن تقرر عدم قبول القضية المطروحة عليها فى الأحوال الآتى بيانها:

١. إذا كانت القضية قد تناولتها إحدى الدول التى لها ولاية عليها، بالتحقيق أو الاتـــهام، ما لم تكن هذه الدولة، غير راغبة، أو غير قادرة بصفة أصيلة، على المضـــى فـــى أعمـــال التحقيق أو الاتهام التى بدأتها.

٢. إذا كانت الدولة التى لها ولاية على القضية، قد قررت بعد تحقيقها لها، ألا توجـــه الاتهام إلى الشخص المعنى بها، ما لم يكن هذا القرار ناجما عن انتفاء رغبتها، أو عدم قدرتها أصلا، على توجيه الاتهام.

٣. إذا كانت القضية ليس لها من الأهمية والخطر ما يدعو المحكمة الجنائية الدولية إلى متابعتها.

٤. إذا كان الشخص المعنى بالجريمة -المحظور ارتكابها وفق أحكام المـواد ٦ و٧ و٨ من هذا النظام- قد حوكم عنها من قبل محكمة أخرى. إذ لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تحاكمه عن هذه الجريمة ذاتها إلا فى إحدى حالتين:

أولاهما: أن تكون الإجراءات فى المحكمة الأخرى تتوخى حمايـــة الشـــخص المعنـــى بالجريمة التى تدخل فى ولاية المحكمة الجنائية الدولية، من المسئولية الجنائية عنها.

ثانيتهما: أن تكون الإجراءات التى طبقتها المحكمة الأخرى فى شأن الجريمة، لا تـــدل على حيدتها أو استقلالها وفق قواعد القانون الدولى المسلم بها؛ وكان تطبيقها لها قد تم علـــى نحو لا يتفق -فى نطاق الأوضاع التى لابستها- وقصد تقديم هذا الشخص للعدالة لينال جزاءه عنها.

الفصل الرابع

الرقابة القضائية على دستورية محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية

نبذة عامة

٥٩٥– وفى نطاق اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التى تنظم إدارة القوات المسلحة وضوابط عمل أفرادها، وواجباتهم التى يؤاخذون على الإخلال بها، وأنماط سلوكهم التى يلتزمون بمراعاتها، تصوغ السلطة التشريعية ما تراه من النصوص العقابية ملائما وضروريا لنهيهم عن إتيان الجرائم التي حددتها، وعقابهم عنها حال ارتكابهم لها.

ويتم ذلك وفق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنضبط بها محاكمتهم عن تلك الجرائم، والتي يندرج تحتها تحديد نموذج المحاكم التى تشكلها للفصل فى جرائمهم، وطرق الطعن فى أحكامها، وقواعد التصديق عليها تحويرا أو إمضاء لها.

كل ذلك بقصد تحقيق نظام خاص للعدالة الجنائية يقتصر علي أفراد القوات المسلحة من ضباطها وجنودها حيثما كانوا؛ ومن الملحقين بهم الذين يرتبطون معهم بعلاقة من نوع خاص؛ ومن جنود وضباط الاحتياط الذين تستدعيهم القوات المسلحة بعد انتهاء خدمتهم، بقصد تطوير تدريبهم. فهؤلاء وهؤلاء يمثلون جوهر النظم العسكرية التي لا توفر للخاضعين لها –في الأعم من الأحوال– ضوابط حقيقة للتقاضي. وكثيرا ما تخل بضماناته الرئيسية، وعلي الأخص ما يتعلق باستقلال قضاة هذه المحاكم وحيدتهم.

وكان منطقيا أن يستبعد المدنيون من دائرة تلك النظم، وأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ من الدستور الرومانى، على أن الأصل فى العدالة، هو أن تديرها محكمة العدل العليا وغيرها من المحاكم التى ينشئها القانون؛ وأن من المحظور تكوين محاكم لها طبيعة استثنائية The Setting Up of Courts of Exception is Prohibited؛ وأن تنص كذلك المادة ١٠٢ من الدستور الإيطالى على أن الوظيفة القضائية لا يتولاها إلا قضاة عاديون يتم تعيينهم وتنظيم أوضاعهم وفق قواعد التنظيم القضائى. ولا يجوز تعيين قضاة استثنائيين، ولا قضاة خاصين، وإن جاز تشكيل دوائر خاصة من القضاة لنظر مسائل بذواتها، على أن يكون ذلك فى إطار الأجهزة القضائية العادية؛ وبشرط إسهام المواطنين المؤهلين– الذين لا يعتبرون أعضاء فى السلطة القضائية– فى نشاطها.

ويحدد القانون هذه المسائل، وصور الإسهام الشعبى فى إدارة العدالة.

وتنص المواد ١٨٦ و١٨٨ و١٨٩ من دستور مملكة تايلاند على أن النظر في الخصومة القضائية من اختصاص المحاكم التي يتعين أن تفصل فيها وفقاً للقانون.

ولا يجوز أن تحل محل المحاكم العادية، محكمة يوليها المشرع اختصاص الفصل في قضية بذاتها. وليس للمشرع أن يعد قانوناً من أثره تغيير أو تعديل القانون المنظم للسلطة القضائية، أو القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، إذا كان هذا القانون لا يتوخى غير مجرد تطبيقه على قضية بذاتها([1]).

وتنص المادة ١/٢٧ من دستور الجمهورية الكورية الصادر في ١٩٤٨/٧/١٧ والمعدل في ١٩٨٧/١٠/٢٩، على أن المواطنين لا يحاكمهم إلا قضاة مؤهلين وفقاً للدستور والقانون،

وتحظر فقرتها الثانية، مثول المواطنين من غير المجندين في القوات المسلحة، أو العاملين فيها، أمام محاكم عسكرية في تشكيلها، ما لم يكن ذلك بعد إعلان القوانين العرفية الاستثنائية، وفي شأن جرائم بذواتها([2]).

وتنص المادة ٢٨ من هذا الدستور على أن للأشخاص الذين تثور في شأنهم شبهة ارتكابهم لجريمة ما، حق في التعويض عن مدة احتجازهم، إذا أطلق سراحهم وفقاً للقانون، أو لم يوجه اتهام إليهم.

([1]) تنص المادة ١٩٤ من دستور تايلاند على أن للمحاكم العسكرية سلطة الفصل في الخصومات في الحدود المنصوص عليها في القانون.

([2]) حصر الدستور هذه الجرائم في جريمة الإخلال بسرية المعلومات الحربية الهامة، وجريمة تخلي الجنود الذين يتولون حراسة المواقع الحربية عن واجباتهم، وجريمة إمداد الجيش بأطعمة فاسدة، والجرائم التي يبينها القانون وتقع على معداته وتجهيزاته، والجرائم ذات الصلة بالأسرى.

المبحث الأول
الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد
في مواجهة سلطة الاتهام

٥٩٦- يتولى القضاة بحكم ضمائرهم، وعلي ضوء واجبهم فى تطبيق قاعدة القانون، مسئولية ضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية بما يكفل فعاليتها. وعليهم أن يبذلوا كل جهد من أجل توفيق تشريعاتهم الوطنية مع التطور الراهن لحقوق الإنسان فى النطاق الدولى.

ذلك أن هذه الحقوق -وعلى حد قول الأستاذ هنكن- <<هى التى يطلبها كل فرد ويستأثر بها، ويحرص علي أن توليها الجماعة اهتمامها، وأن توفر لها مجالا حيا لتطبيقها.

ووصفها بأنها حقوق لكل إنسان، يفيد عالميتها، وأن على كل جماعة أن تسلم بها، وإن مضمونها لا تغيره الجغرافيا ولا التاريخ ولا الثقافة ولا الأيدلوجية، ولا النظم الاقتصادية أو السياسية، ولا درجة التطور التى بلغتها.

ووجودها وضرورة النزول عليها لا يرتبط كذلك بالعرق، ولا بالجنس، ولا بالطبقة الاجتماعية، ولا بمركز أيا كان. ووصفها بأنها حقوق، مؤداه أن طلبها يدخل فى منطقة الحق، وأنها بالتالى لا تعتبر من الحقوق التى تنتجها روابط الأخوة، أو التى يثيرها الوجدان. ولا يمنحها أحد كذلك تفضيلاً على غيره. ولا هى آمال يرنو أصحابها إليها أو يطمعون فى تحقيقها، ولا مجرد ثمار يسعون إلى جنيها.

ولا يحتاج أصحابها، إلى كسبها أو التدليل على استحقاقهم لها. وإنما هى تخويل Entitlement يقابل بالتزام فى إطار نظام سياسى يخضع للقانون، إذا كان هذا النظام خلقياً ومحكوماً بقانون أخلاقى. ومن ثم لا تعتبر حقوق الإنسان، نظرة مثالية تتطلع بصورة مجردة إلى ما هو خير أو حسن، ولكنها حقوق تقبل التحديد، ولا تجهيل فيها. وهى فى مجموعها تبلور ضرورة احترام كرامة الفرد، وقدراً كبيراً من ذاتية شخصيته، وتقييماً لحقائق العدل ومظاهر الجور([1])>>.

([1]) Hinken, Rights here and there, vol. 81, 1981 Colombia Law Review, at 1582.

وليس الدستور بالتالى مصدراً لهذه الحقوق. والمعاهدة الدولية والأعمال الحكومية لا تنشئها. وإنما هى مجرد وسائل تؤكد من خلالها اعترافها بها، وتكفل عن طريقها آلية ملائمة لتنفيذها.

٥٩٧- وتقليديا تندح دائرة حقوق الإنسان لتشمل كل ما يتصل بآدمية الفرد وكرامته كحرية الاجتماع والتعبير عن الآراء وحرية العقيدة. ومن هذه الناحية تثير حقوق الإنسان خلافا في شأن حقيقة القائمة التي تشملها هذه الحقوق، ونطاق أو مضمون كل حق منها.

ومن الناحية الإجرائية، تحيل هذه الحقوق إلى القواعد الأساسية فى القانون التى تكفل حمايتها.

وثمة حقيقة لا مراء فيها، هى أن حقوق الإنسان وحرياته -سواء فى توجهاتها أو فى القيم التى تكرسها- تغدو سرابا، إذا لم تكفل النظم القانونية التى تحيط بها -إطاراً فعالاً لضمانها- شأن حقوق الأفراد فى ذلك، شأن التزاماتهم. ذلك أن إهمال تنفيذها جبراً على من ينازعون فيها أو يتنصلون من إيفائها، يحيلها أشباحاً نبصرها، ولا نقبض بأيدينا عليها([1]).

Legal obligations that exist, but cannot be enforced, are ghosts that are seen in the law, but are elusive to the grasp.

ومجرد إيراد قائمة بحقوق الناس وحرياتهم، لا يكفلها، ولو أدرجها الدستور فى صلبه، أو نص عليها إعلان منفصل عن الدستور ولو كان في قوة أحكامه.

ذلك أن النصوص القانونية -بما في ذلك نصوص الدستور- لا تكمن قيمتها في مجرد تدوينها، إذ هي تعبير عن قيم لا تنبض بالحياة إلا من خلال تطبيقها. ومن المتصور بالتالي أن تتطابق في دولتين مختلفتين، وثيقتان لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتباعدا بصورة كلية أو جزئية في مجال تطبيقهما. وحتي داخل الدولة الواحدة، فان نظمها القانونية القائمة، لا يتم تطبيقها بصورة واحدة في عصور مختلفة من تاريخها. وإنما تتباين تطبيقاتها فيها علي ضوء موقفها من الديموقراطية عدولا عنها أو اعتصاما بها. وتظل الحقائق التاريخية التي عايشتها الأمم علي اختلافها، والشواهد التي تدل عليها تجاربها المريرة، خير برهان علي أن الضمان النهائي لحقوق الناس وحرياتهم، لا يكمن في مجرد القبول بها، ولا في تدوينها في مواثيق تعبر بها عن إصرارها عليها، وإنما يكفلها آلية قضائية لها من استقلالها وحيدتها ومن مكانتها بين مواطنيها، ما يمنحها قوة أدبية كبيرة تزن من خلالها بالقسط عدوان السلطة التشريعية أو

([1]) The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922) at 433.

التنفيذية علي كل حق أو حرية كفلها الدستور، لتردهما معا إلي القيود التي فرضها عليهما، فلا تخرجان عن حدود ولايتيهما. ويتم هذا العدوان ليس فقط من خلال النصوص القانونية أو عن طريق بعض التدابير، كالقبض والاعتقال، وإنما يتحقق كذلك من خلال إلحاق المدنيين بالعسكريين الذين يختلفون عنهم ليس فقط في صفاتهم وطبيعة المهام الملقاة عليهم، وجوهر النظم التي ينبغي أن تحكم كل فريق منهم، وإنما كذلك في نوع واجباتهم، وأنماط سلوكهم التي يؤاخذون عنها، وماهية الجرائم التي يجوز إسنادها إليهم. ذلك أن الجرائم العسكرية غير جرائم القانون العام، في أوصافها وأركانها والأغراض التي تستهدفها.

كذلك فإن لكل من هذين النوعين من الجرائم، قضاتها الذين يتمايزون فيما بينهم، سواء في طرائق تعيينهم وقدر استقلالهم، وحيدتهم؛ أو فى الطريقة العملية التى يديرون بها العدالة الجنائية، وكذلك في كيفية تشكيل المحاكم التى تضمهم، وطرق الطعن فى أحكامها، والشروط التى يتطلبها القانون لنهائيتها.

فلا يجر مدنيون إلى محاكم عسكرية لا يطمئنون لضماناتها، ولا شأن لهم بقضاتها، ولا بوسائلها في تنفيذ أحكامها. ذلك أن التمييز بين الجرائم التي تفصل فيها هذه المحاكم، وغيرها من الجرائم التي تواجهها النظم المدنية -وهي جرائم القانون العام- ضرورة يقتضيها أن لكل نوع من هذه الجرائم، قضاه يتفهمون أبعادها، ويدركون خصائص وأغراض الجزاء المقرر علي ارتكابها. ولئن جاز القول بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع والأشخاص، إلا أن التخصص غير التعمل. كذلك يفترض التخصيص، أن تعطي لكل حالة لبوسها، وأن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتوخاها، ليكون طريقا إلى عدالة أعمق وأكمل.

٥٩٨- وسواء تعلق الأمر بالمحاكم العسكرية أو بمحاكم القانون العام، فإن من يقدمون إليها ويمثلون أمامها عن الجرائم التى تدخل -دستورياً- فى نطاق ولاية كل منهما، يتمتعون فى مواجهتها بحد أدنى من الحقوق التى لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى تعلقها بالضوابط الأساسية للمحاكمة المنصفة التي وصفتها المحكمة الدستورية العليا بأنها مجموعة القواعد المبدئية التى تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التى يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية؛ ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها؛ وينطلق في ركائزه من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التى تنال من الحرية الشخصية؛ ويتغيا في جوهره أن تتقيد الدولة -فى مجال تحديدها للجرائم وتقرير عقوباتها- بالأغراض النهائية للقوانين الجنائية، التى ينافيها أن تكون إدانة

المتهم هدفا مقصوداً منها، أو أن تكون القواعد التى تتم محاكمته على ضوئها، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وإنما يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها. ذلك أن القواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وإن كانت إجرائية في الأصل، إلا أن تطبيقها في مجال الخصومة الجنائية -وعلى امتداد مراحلها- يؤثر بالضرورة في محصلتها النهائية([1]).

وتتوخي القواعد المبدئية للنظم العقابية جميعها، تحديد دائرة المخاطبين بها بما يكفل تحقيق أهدافها. فالمدنيون جميعهم مخاطبون بجرائم القانون العام. والذين يعملون في القوات المسلحة، ويعتبرون من كوادرها، أو يلحقون بها لخدمتها، لهم جرائم تخصهم لا يتوخي المشرع بتقريرها غير تأمين القوات المسلحة، وضمان تماسكها حتى لا ينفرط عقدها، أو يختل نظامها.

ولهؤلاء وهؤلاء محاكمهم التي يستقلون بها، سواء تعلق الأمر بتشكيلها، أو بضماناتها، أو بكيفية تطبيقها عملاً.

٥٩٩- وإذا كان المدنيون مخاطبين بجرائم القانون العام، ولهم محاكمهم التي تستقل بتشكيلها وضماناتها عن المحاكم العسكرية؛ فإن العسكريين لا يتمتعون أثناء خدمتهم بكامل حقوق المدنيين. ومن ذلك أن حقهم في اختيار الزوج ليس مطلقا، وحريتهم في التعبير عن آرائهم داخل وحداتهم ونشرها من خلال حق الاجتماع، تتخللها قيود كثيرة تصل إلي حد منعها كلية إذا كان من شأن ترويجها إيهان عزائم من يتلقونها. كذلك ينغلق أمامهم الطريق إلي الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الإسهام الفعال في نشاطها. وقد يكون دخولهم في النظم النقابية أثناء خدمتهم، معلقا علي إذن خاص. وللنظم التأديبية التي يخضعون لها صرامتها ومرونتها التي تكفل تحقيق أهدافها، وعلي الأخص أثناء خدمتهم في ميدان الأعمال الحربية، لضمان امتثالهم لأوامر قادتهم دون إبطاء وبذلهم كل جهد لتنفيذها في الصورة المرجوة.

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"- جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٨٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن الخضوع لها وإمضاءها فى توقيتاتها المحددة، والامتناع عن معارضتها، هو الضمان الوحيد لصون الخصائص القتالية العالية لوحداتهم([1]).

وجرائمهم التأديبية هذه -التى ينعقد الاختصاص فى تقدير الجزاء على ارتكابها، للقادة والرؤساء فى وحداتهم بوصفهم مسئولين عن الانضباط فيها- غير جرائمهم العسكرية التى يحصيها المشرع ويحصرها فى أفعال بذواتها ينص عليها بما يفصل أركانها. ومن ثم تستقل العقوبة التأديبية -فى مجال تطبيقها وإجراءاتها والسلطة المختصة بتوقيعها- عن العقوبة الجنائية التى يؤاخذون بها عن جرائمهم.

ذلك أن الفعل الواحد، قد يشكل ذنبا إدارياً وجريمة جنائية فى آن واحد. ولا يحول تعلق المؤاخذة التأديبية بواقعة بذاتها، دون تعلق الدعوى الجنائية بهذه الواقعة عينها إذا كان المشرع قد أثم جنائيا ارتكابها.

ولئن جاز القول بأن الجزاء الانضباطى لا تتوافر فيه كل ضمانة يحيط المشرع بها إيقاع العقوبة الجنائية؛ وأن الجريمة التأديبية تحركها أفعال قلما يتدخل المشرع لتعيينها بقانون، وإنما يحيل فى شأن بيانها -وبصورة إجمالية- إلى السلطة اللائحية التى يحددها؛ وكان الجزاء الجنائى يرتبط بالضرورة بجريمة يعين القانون أركانها فى صلبه، فلا يكل تحديدها إلى أداة أدنى؛ وكان الخطأ الواحد فى الجريمة التأديبية كثيراً ما يحاط بأكثر من جزاء كى تقدر السلطة المختصة ما تراه مناسبا من بينها فى حالة بذاتها لها خصائصها؛ إلا أن العقوبة التأديبية تسوغها ضرورة سيطرة القادة والرؤساء على وحداتهم، وإقرار النظام الدقيق بين أفرادها.

٦٠٠- وقد يعارض بعض المواطنين الانخراط فى القوات المسلحة بناء على عقيدة يؤمنون بها، أو على ضوء وجهة نظر فلسفية تثنيهم عن القتال Les objecteurs de conscience فلا يكون قبول المشرع لاعتراضهم على سفك الدماء، غير عمل من أعمال التسامح، لا يعفيهم نهائيا من الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة؛ وإنما يلحقهم المشرع بإحدى

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية"- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الأول من مجموعة أحكامها.

وحداتها غير القتالية. وقد يبدل خدمتهم الإلزامية- وبما لا يجاوز المدة المقررة أصلا لـــها- بخدمة مدنية تعود فائدتها على الجماعة[١].

٦٠١ - ولا يحول خضوع العسكريين لنظام قانونى خاص، سواء فيما يتعلـــق بنـــوع الجرائم التى يساءلون عنها، أو قدر عقوباتها، أو تشكيل المحاكم التى يعهد إليها بالفصل فيها، دون تمتعهم فى محاكمتهم عنها بحد أدنى من الحقوق التى لا يجوز التفريط فيها، ومن بينها:

١. ضرورة تعريفهم بالتهمة الموجهة إليهم فى طبيعتها وسببها وأدلتها وكافة عناصرها. ويكون ذلك بإخطارهم بها دون إرجاء، وتفصيلا، وبلغة يفهمونها.

٢. أن تتوافر لديهم الوسائل الكافية والملائمة لتحضير دفاعهم، مع ضمـــان اتصالـــهم بالمدافعين عنهم من المحامين([٢]).

٣. أن يفصل فى التهم الموجهة إليهم دون إبطاء، ودون إخلال بالحق فى الدفاع عنـــهم، -سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين يختارونهم، أو محامين يندبون لهذا الغرض- وبشـــرط ألا تكون هذه المعونة القانونية شكلية فى حقيقتها.

ذلك أن غايتها ضمان تقديم دفاع مقتدر يرد التهم على أعقابها، فلا يكون هـــذا الدفـــاع غير معونة لها من فعاليتها، ما يؤكد موضوعيتها([٣]).

٤. أن يتوافر لهم -إذا كانوا من المعوزين- حق الحصول علـــى المعونـــة القانونيـــة الملائمة بغير تكلفة. ذلك أن تحميلهم نفقتها يعجزهم عنها، ويردهم عن طلبها.

٥. امتناع حملهم على الإدلاء بأقوال تدينهم، لأنهم بذلك يشهدون ضد أنفســـهم جـــبراً، ويقرون بذنوبهم التى يريدون كتمانها، فلا تكون هذه الأقـــوال غـــير إضـــرار بـــهم بغـــير رضائهم([٤]).

([١]) فى فرنسا تضاعف المدة بالنسبة إلى من يعارضون الانخراط فى الوحدات القتالية للقوات المسلحة وهـــو ما يناقض مبدأ المساواة. ذلك أن الإذن لهم بعدم الانخراط فيها، يقتضى أن تكون الأعمال البديلـــة عـــن الخدمة العسكرية مساوية في زمنها للمدة ذاتها المقررة لهذه الخدمة.

Arlette Heymann- Doot, libertés publiqes et droit de l` homme, 4 edition, pp. 104 - 106.

([2]), (3) Gidon v.Wainwright, 372 U.S.335(1963).

([4]) Miranda v.Arizona ,384 U.S. 436(1966).

٦. أن يتهيأ لهم مترجمون يفهمونهم لغة قضاتهم، إذا عجزوا عن إدراكها.

٧. ألا يطبق عليهم قانون جنائى بأثر رجعى، وألا تزيد وطأه العقوبة التى يفرضها هذا القانون بأثر مباشر، عن قدر يكفل تناسبها مع الجريمة. فإذا تعامد قانونان على الجريمة ذاتها، تعين أن يكتفى بالعقوبة الأقل التى قررها القانون اللاحق.

٨. أن يكفل المشرع حقهم فى تفنيد عناصر الاتهام ودحضها، وذلك من خلال مواجهة شهود الاتهام وتجريحهم تشكيكا فى أقوالهم، واستدعائهم كذلك لشهود ينفون الاتهام عنهم. كل ذلك فى نطاق وسائل إجرائية جبرية يجوز طلبها والحمل عليها.

٩. أن يتوافر لهم شكل من أشكال الطعن فى الأحكام التى تصدر ضدهم. على أن تتم مراجعتها من قبل محكمة أعلى لها من استقلالها وحيدتها وطبيعة القواعد التى تطبقها، ما يكفل إنصافها.

١٠. ضمان حقهم فى التعويض وفقاً للقانون عن إدانتهم بالجريمة بغير حق. وتنفيذ عقوبتها دون مقتض. وذلك كلما نقض الحكم الصادر فيها، أو صدر عفو عنها بعد ظهور واقعة جديدة تؤكد -بما لا خفاء فيه- أن العدالة لم تقدم فى الصورة التى لا يخل بها مجراها Misscarriage of justice. ويتعين أن يكون هذا التعويض كاملاً -لا رمزياً- إذ هو تعويض عن خطأ السلطة القضائية الجسيم، أو عن إدارة العدالة بما يشوه وجهها([1]).

١١. أن تفصل فى الاتهام محكمة لها من ضماناتها الموضوعية والإجرائية، وعلانية جلساتها، ما يكفل استقلالها وحيدتها([2]).

([1]) شبيه بذلك ما تنص عليه المادة ١٥ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان من أنه إذا تبين للمحكمة الاوربية لحماية حقوق الإنسان، أن قراراً أو تدبيراً قد صدر عن سلطة قانونية أو أية سلطة غيرها لإحدى الدول المتعاقدة، وأن هذا القرار أو التدبير يتعارض كليا أو جزئيا مع الالتزامات الملقاة على عاتق هذه الدولة، تعين على المحكمة- عند الضرورة- أن تقدم ترضية عادلة للطرف المضرور، إذا كان القانون الداخلى لتلك الدولة لا يسمح بغير تعويض جزئى عن النتائج المترتبة على هذا القرار أو التدبير.

([2]) انظر فيما تقدم المادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والمواد ١١،٩،٨،٧ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان؛ والمادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة فى سان جوسيه فى ١٩٦٩/١١/٢٢؛ وكذلك الميثاق الأفريقى حول حقوق الإنسان والشعوب.

١٢. ضمان استبعاد كل دليل يتم التحصل عليه بالمخالفة للدستور والقانون. ذلك أن القوة المتزايدة للشرطة، وتطور وسائلها التقنية فى التحقيق ومطاردة الجناة والقبض عليهم، كثيرا ما أغراها على انتزاع أدلة بالإكراه أو بالوعود الكاذبة([1]).

١٣. لا يجوز لسلطة الاتهام، أن تساوم المتهم علي النزول عن حق كفله له الدستور The Bargaining away of Constitutional Rights، كأن تدعوه إلى النزول عن الحق في الطعن عن الحكم الصادر بالعقوبة، مقابل إسقاط بعض التهم التي وردت في قرار الاتهام([2]).

ويثور في هذا المقام، موضوع التفاوض مع المتهم علي الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي تضمنها قرار الاتهام، وهو ما يسمي بالإقرار بجريمة من خلال المساومة عليها Plea Bargain .

ويفسر ذلك بأن الجرائم في الماضي كانت قليلة، وكان المتهمون يظفرون دائما بالمثول أمام قضاة يحققون في الاتهام من كل جوانبه ويفصلون فيه. ثم تطور الأمر مع الزمن بعد أن زادت الجرائم بكثرة ملحوظة وقل عدد قضاتها، وابتدع العمل -ولمواجهة هذه الصعوبة- نظاما تقدم فيه النيابة إلى المتهم ما لديها من أدلة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه، وتبصره بالعقوبة التي سيلقاها لو أدين عن هذه الجريمة، ثم تدعوه إلي الإقرار بجريمة عقوبتها أقل. فإذا أقر بها، حوكم عن الجريمة الأقل. وهو ما يوفر أموالا طائلة يدفعها المواطنون في مجال تسيير مرفق العدالة، ويحقق معدلا أكبر في مجال الفصل في القضايا، ويوفر فرصة أفضل للمتهم من خلال قضاء عقوبة مدتها أقل من تلك التي كان من المحتمل توقيعها عليه في شأن الجريمة الأكبر([3]).

إلا أن هذا النظام لازال معيبا مع كل مزاياه المتقدمة. ذلك أن المتهم ينزل عن الحق في محاكمته عن الجريمة التي اتهم أصلا بارتكابها، والتي قد لا يدان عنها. وهو يحمل علي القبول بالعقوبة الأقل، خوفا من عقوبة الجريمة الأكبر؛ بما يناقض مصلحة الجمهور في أن

([1]) Weeks v.United States,232 U.S.383 (1914);Wolf v.Colarado, 338 U.S.25 (1949); Mapp.v.Ohio, 367 U.S.643 (1961).

([2]) Wyman v.James,400 U.S. 309(1971).

([3]) Bordenkircher v.Hayes, 434 U.S.357 (1978).

تسجل الإحصاءات أن ٩٥,٥% من القضايا الجنائية التي نظرتها ولاية نيويورك في عام ١٩٦٤، تم الفصل فيها من خلال نظام المساومة؛ وأن ٧٤% من مجموع القضايا الجنائية في ولاية كاليفورنيا في العام نفسه، تم الفصل فيها علي مقتضي ذات النظام.

يدان كل متهم عن الجريمة التي ارتكبها فعلا. فإذا كان المتهم بريئا من التهمة، تعين إطـــلاق سراحه، خاصة إذا كان الدليل ضده ملفقا.

المبحث الثاني
الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية

٦٠٢- تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن السلطات العسكرية هى وحدها التى تقرر ما إذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا.

ولا شبهة في مخالفة هذا النص للدستور، وذلك لما يأتي:

أولاً : أن حكم المادة ٤٨ المشار إليها وإن تقرر بقانون؛ وكان القانون يعد تعبيراً عن السيادة الشعبية فى كثير من الدول التى تعطيه عصمة يسمو بها على تدخل السلطة القضائية فى قواعده، سواء بإبطالها أو تعديلها؛ وكان القانون وإن أقرته السلطة التشريعية المنتخبة، إلا أن الدستور يظل قيداً علىّ قواعده جميعها، فلا تستقيم صحتها إلا بشرط تلبيتها للضوابط التى أحاطها الدستور بها؛ وكان البرلمان مقيدا بالدستور؛ ولو اختلط بالسلطة التنفيذية أو خالطها ليأتمر بتوجيهاتها؛ وكان خروج السلطة التشريعية، على حدود ولايتها -سواء بالعدوان على ولاية منحها الدستور لسلطة غيرها، أو بالاندماج فيها بما يكفل توحدهما- لا يقيمها فوق الدستور، ولا يعطيها الحق فى أن تستقل بتحديد معاني أحكامه؛ وكانت النظم العسكرية، ولو صدر بها قانون، إلا أنها هى فى النهاية نظم قانونية مخاطبة بالدستور، وعليها أن تتقيد بأوامره فلا تتحول عنها؛ فقد تعين أن يكون الدستور، حداً" نهائيا لكل اختصاص([1]).

ثانياً: أن إطلاق يد السلطة التشريعية من القيود التى تكبحها، مؤداه أن تحدد بنفسها -وبوصفها حكما نهائيا- ما يناقض أو يوافق الدستور. وهو ما يتأبى على وجود محكمة عليا تستقل بتشكيلها وضماناتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتفرض عليهما معا قيود الدستور، حتى لا تعمل أيتهما فيما وراء دائرة ولايتها، جورا" على اختصاص مقرر لغيرها.

ثالثاً : وإذ تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون القضاء العسكرى، ويبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور؛ فإن هذه المبادئ تكون قيداً على كل تنظيم تشريعى لهذا القضاء؛ ولا يجوز بالتالي أن يجرد هذا التنظيم، حق الناس كافة في اللجوء إلى

([1]) لم تكن الدساتير الفرنسية السابقة على دستور ١٩٥٨، تخول المحاكم حق النظر فى دستورية القوانين، وكان منطقياً بالتالى أن يقرر مجلس الدولة الفرنسى وحرفيا، ما يأتى:

En l'etat actuel du droit public français, un tel moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d' Etat statuant en contentieux [C. E.6 Nov. 1936].

قاضيهم الطبيعى؛ ولا أن يخل بحقهم فى الدفاع؛ ولا فى النفاذ إلى الوسائل القضائية الملائمة للدفاع عن حقوقهم إذا كانوا غير قادرين ماليا على تحمل نفقاتها؛ ولا أن يهدر ضمانة استقلال القضاة وحيدتهم؛ وامتناع عزلهم؛ وعلانية جلساتهم؛ وخضوعهم للقانون فيما يفصلون فيه من القضايا؛ ولا أن يجيز التدخل فى شئون العدالة؛ وجميعها حقوق كفلها الدستور لكل فرد وفق مواده ٦٨، ٦٩، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨ و١٦٩؛ بما يحول دون الخروج عليها من خلال بسط حدود الدائرة المنطقية التى يعمل القضاء العسكرى فى نطاقها؛ وإلا صار قضاء استثنائيا، مخالفاً للدستور.

رابعاً: وإذ كانت المحكمة الدستورية العليا –وعلى ما تنص المادة ٢٥ من قانونها – هي الهيئة القضائية الوحيدة التي تختص بالفصل فى كل نزاع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مختلفتين، وكان عليها أن تستبصر أولا نطاق الولاية التى حددها المشرع لكل من هاتين الجهتين، وأن تفصل بعدئذ فيما إذا كان المشرع قد حدد تخوم هذه الولاية وفق ضوابطها المنصوص عليها فى الدستور.

فإذا بان لها مجاوزة المشرع لهذه الضوابط، كان عليها أن تبطل النصوص القانونية التى خالفتها من خلال استعمالها لرخصة التصدى المنصوص عليها فى المادة ٢٧ من قانونها على تقدير أن اللجوء لهذه الرخصة، يتصل بنزاع معروض عليها يدخل الفصل فيه فى اختصاصها لتعلقه بتطبيق نص المادة ٢٥ من قانونها.

خامساً: وإذ تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن المحاكم العسكرية وحدها هى التى تحدد ما يدخل وما لا يدخل فى اختصاصها؛ وكان ما قرره هذا القانون فى ذلك –وهو سابق في وجوده علي العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا– يناقض اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه فى المادة ٢٥ من قانونها، فإن قانون الأحكام العسكرية لا يكون معدلا لقانون لا حق عليه، خاصة إذا كان هذا القانون اللاحق قد نظم بصورة مبتدأه القواعد التي تحكم التنازع علي الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين أيا كان موقعهما أو طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكمهما. فضلا عما هو مقرر من علو المحكمة الدستورية العليا علي كل هيئة قضائية سواها. وهو ما خولها –وفقا لقانونها– السلطة التي تحدد بها، ليس فقط الهيئة القضائية التي اختصها المشرع بالفصل في النزاع محل التنازع، وإنما كذلك إضفاء ولاية

جديدة علي هذه الهيئة إذا كان النزاع قد خرج من يدها بصفة نهائية بإصدارها حكما قاطعا فيه بعد تقديم طلب فض التنازع إلى المحكمة الدستورية العليا([1]).

ولا يتصور بالتالي أن يتولي القضاء العسكري مهمة الفصل في نزاع علي الاختصاص يكون هو طرفا فيه، وإلا انقلب خصما وحكما في آن واحد.

سادساً: كذلك فإن الهيئتين القضائيتين المتنازعتين علي الاختصاص تتكافآن قدراً، ولا تعلو إحداهما علي أخراهما. وإنما هما خصمان في موضوع معين يتعين أن تفصل فيه محكمة تعلوهما معا، هي المحكمة الدستورية العليا التي يستحيل أن تكون أحكامها -وعلي ما جري به قضاؤها- طرفا في نزاع علي الاختصاص. وفي ذلك ضمان لحيدتها فيما بين الجهتين المتنازعتين علي الاختصاص، لتخص إحداهما بالفصل في النزاع المعروض عليهما باعتبارها أولي به من غيرها وفق أحكام الدستور والقانون([2]).

([1]) القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية "تنازع" -قاعدة رقم٥- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -ص ٤٥٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. أنظر كذلك القضية رقم٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -قاعدة رقم ٣- جلسة ٤ يناير١٩٩٢- ص ٤٠٥ من المجلد الاول من الجزء الخامس.

([2]) القضية رقم٦ لسنة ١٤ قضائية"تنازع" -قاعدة رقم ٧- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ ص ٨٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها، وفيها فصلت المحاكمة الدستورية في تناقض مدعي به بين حكمين نهائيين صدر أحدهما عن محكمة أمن الدولة العليا، وثانيهما عن المحكمة العسكرية العليا، قاطعة بذلك بعدم إعتدادها بنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أنه سواء تعلق الأمر بالتنازع علي الأختصاص أو بالتناقض في الأحكام، فان المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في هذا النزاع إلا علي ضوء أجدر هاتين المحكمتين بنظره في إطار الحدود التي رسمها المشرع لولاية كل منهما بما لا يناقض الدستور.

المبحث الثالث
قانون الأحكام العسكرية قانون خاص

٦٠٣- هو قانون خاص بالنظر إلى نوع الجرائم التي ينظمها، والمسئولين جنائيا عن ارتكابها، وتشكيل المحاكم التي تفصل فيها، وطرق الطعن في أحكامها والقواعد التي أفردها في مجال التصديق عليها. وهو بذلك يستقل عن محاكم القانون العام سواء في تشكيلها أو ضماناتها، خاصة ما يتعلق منها بحيدتها واستقلالها، وهما ضمانان أساسيان لصون حقوق المواطنين وحرياتهم. وحتى وإن نص هذا القانون الخاص علي تطبيق القواعد الإجرائية التي حواها القانون العام، إلا أن الكيفية التي تطبق بها القواعد عملا هي التي تسم المحاكم العسكرية بالخروج علي النمط الإجرائى لمحاكم القانون العام.

وهذا التنظيم الخاص وإن كان يمايز بين الجرائم بعضها البعض بالنظر لخصائصها، وكان الأصل في التنظيم الخاص، أن ينبو عن قواعد القانون العام إلا إذا أحال إليها، أو خلا من نص علي خلافها؛ إلا أن إفراد أنواع بذواتها من الجرائم بقانون خاص يحيط بها، لا يعتبر معيبا دستوريا، ولو فقد القانون الجنائي تلك الوحدة التي تفترض تنظيما شاملا ووحيدا" للجرائم جميعها. ذلك أن وحدة القانون الجنائي، أو تفرق قواعده بين أكثر من قانون، يرتبط دوما بطبيعة المصالح التي ينظمها.

فكلما كان لبعض المصالح الهامة ذاتيتها التى تفردها بخصائص تستقل بها، وتبرر تميزها عن غيرها، فإن تنظيمها بقانون خاص لرد العدوان عليها بجزاء يلائمها، لا يكون مخالفا" للدستور. إذ هو أدخل إلى السياسة التشريعية التى لا يجوز لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تخوض فى صحتها، ولا أن تجيل بصرها فى بواعثها أو حكمتها؛ ولا أن تحدد بنفسها بديلا أفضل من المشرع، وإنما تنحصر مهمتها فى أمرين:

أولهما: تقدير الأسس التي أقام المشرع عليها نظام التجريم، وتقييم العقوبة التي قدرها لكل جريمة من جهة غلوها، أو قسوتها، أو ضرورتها أصلا([1]).

ثانيهما: ألا تهبط القواعد الإجرائية التي تحيط بالمتهمين الذين يحاكمون عن جرائمهم، عن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لهم. وشرط ذلك أن تكون محاكمتهم منصفة لا يمتاز فيها بعض المتهمين علي بعض، وإنما يظلهم الدستور جميعا بالحماية، ولو كانوا غير

([1]) لا يكون توقيع العقوبة واجبا إذا صدر قانون أصلح للمتهم.

مواطنين، ويشملهم بالتالى افتراض البراءة والحق فى دفع الاتهام -بما في ذلك مواجهة شهود إثباته- بكافة الوسائل القانونية.

وهذه المحاكمة المنصفة التي خلا الدستور حتى من بيان صورة إجمالية لملامحها، إلا أن قضاء المحكمة الدستورية العليا حدد خطوطها الرئيسية فيما جاء به من أن هذه المحاكمة قوامها خصائص النظم التى التزمتها الدول الديمقراطية فى مجال إدارتها للعدالة الجنائية وسيعها لتحقيق متطلباتها، على تقدير أن لكل جريمة أثرا مباشرا يتمثل فى حرمان مرتكبها من الحق فى الحياة والحرية، وقد تجرده من أموال يملكها؛ وأن كل عقوبة تخرج عن المقاييس المعاصرة لمفهوم الجزاء، تناقض شرط الوسائل القانونية السليمة؛ وأن الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم لا يندرج تحتها حرص الجماعة التى يوجد المتهم بين ظهرانيها، على إرواء تعطشها للثأر والانتقام، ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا؛ وأن الإفراط فى التجريم، والمغالاة فى العقوبة، وإن كانا محظورين، إلا أن كل جزاء جنائى لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازما لحمل المخاطبين بالنصوص الجنائية، على أن ينتهجوا طريقا سويا، فلا تجد الجريمة مدخلا لنفوسهم، ولا يكون ارتكابها -إذا ما عقدوا العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها([1]).

بما مؤداه أن كل عقوبة لا يجوز الإفراط فيها، ولا إيهانها بما يجاوز مقاصد التجريم.

كذلك فان كل عقوبة يتعين وزنها بالقسط لضمان عدالتها التي لا يكفلها غير تناسبها مع الجريمة وتجردها من قسوتها، فضلا عن إمكان تفريدها، علي تقدير أن المذنبين لا يتفقون جميعهم في ظروفهم، ولا في ماضيهم، ولا في نزوعهم إلى الجريمة والإصرار عليها كنمط في سلوكهم لا يتبدل. فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها.

٦٠٤- <u>ويتعين بالتالي العمل علي تحقيق أمرين:</u>

<u>أولهما:</u> أن تحكم النصوص الجنائية مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير حادة تلتئم مع طبيعتها، ولا تزاحمها فيما سواها من القواعد القانونية.

([1]) القضية رقم ٥٠ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنه ١٨ قضائية " دستورية " قاعدة رقم ٩ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦؛ -ص١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ثانيهما: أن يوازن المشرع في مجال الاتهام الجنائي بين ضمان الحرية الشخصية في إطار متطلباتها؛ وبين حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية. فلا يخل هذا التوازن بمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة وأسوئها وقعا. ومناط ذلك، أن يكون تحقيق الاتهام موضوعيا بأن تجريه علانية، وخلال مدة معقولة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفا علي ضوء ضوابط محايدة في حقيقتها لا في مظهرها، محكمة ينشئها القانون، ولها من استقلالها وحيدتها، ما يكفل تثبتها من حقيقة الاتهام. وبما يخل بالحد الأدنى من حقوق المتهم الماثل أمامها.

ويظل المشرع في إطار هذه المنظومة المتكاملة الأركان بالخيار بين تقرير تنظيم خاص لبعض الجرائم، أو إلحاقها بالقانون العام ليحكمها في كافة مناحيها.

فإذا اختار المشرع إفراد قانون خاص لجرائم بذواتها لها من خصائصها وطبيعة جزاءاتها، ما يسوغ فصلها عن جرائم القانون العام، كان ذلك مما يستقل بتقديره، وبما لا يخل بالفصل في دستورية نصوص هذا القانون الخاص علي ضوء أحكام الدستور([1]).

٦٠٥- وقد حدد قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١، الجرائم العسكرية حصرا، وبين أنواعها وعقوباتها -الأصلية والتبعية والتكميلية- بما يلائم طبيعتها ويكفل تحقيق مفاهيم الردع من خلال الجزاء المقرر علي ارتكابها.

وأقام هذا القانون الخاص كذلك، المحاكم التي تختص بالفصل في هذه الجرائم وإيقاع عقوباتها، وبين درجاتها وطرائق تشكيلها وإجراءاتها، وقوة أحكامها وقواعد إصدارها، وطرق الطعن فيها، والسلطة المختصة بالتصديق عليها، وكيفية تنفيذها، واقتضاء المبالغ المحكوم بها. كل ذلك ليحيط المشرع بهذه الجرائم في كافة أحكامها.

([1]) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦يوليو ١٩٩٦- ص٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٩ -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- ص١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع
نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادر
بالقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٦٦

٦٠٦- يعلق أحد الفقهاء المصريين على هذا القانون قائلا بأن الذين صاغوه، جعلوه أكثر تخلفا من كثير من القوانين القائمة فى التنظيم المقارن. فلم يستفد هذا القانون من ذلك التنظيم، وإنما جعل تشكيل المحاكم العسكرية مقصورا على العسكريين، ولو كانوا غير حائزين لإجازة الحقوق التي لم تشترط فى غير المدعى العام، ومدير الإدارة العامة للقضاء العسكرى، كضمان لحسن توليهم المهام التى يقومون عليها، وهى من طبيعة قضائية.

ولم يجز قانون الأحكام العسكرية الطعن أمام محاكم القانون العام فى أحكام المحاكم التى شكلها؛ وأعطى الضابط المصدق عليها، سلطة كاملة تصل إلى حد تحوير بنيانها.

ولم يحقق المشرع بذلك وحدة القضاء بين المدنيين والعسكريين، بينما كان له حظ السبق على الدول العربية فى إلغاء القضاء الطائفى بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنه ١٩٥٥، وإدماج محاكم الأحوال الشخصية فى المحاكم المدنية([1]).

([1]) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم العسكرية فى القانون المقارن - الجزء الأول - ص ٢٨ من الطبعة الأولى ١٩٧١.

المبحث الخامس
جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية

٦٠٧- ويزيد الأمر سوءا، أن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية تقرر أحكاماً تخرج بها النظم العسكرية عن طبيعتها. ذلك أنها تخول رئيس الجمهورية سلطة مترامية في مداها، تصير بها النظم العسكرية هي الأصل في العلاقة بين السلطة العسكرية والمدنيين، رغم ما هو مقرر قانونا من أن الجرائم التي تنشئها هذه النظم، لها طبيعتها الاستثنائية بالنظر إلى خروجها في مفهومها وأحكامها على جرائم القانون العام، وأن طبيعتها الاستثنائية هذه تقتضي تفسيرها في حدود ضيقة، سواء من جهة مضمونها، أو المخاطبين بها.

وتظهر هذه المخالفة من قراءة المادة ٦ المشار إليها، التي لا تخول فقط رئيس الجمهورية بمقتضى فقرتها الأولى أن يحيل إلى المحاكم العسكرية الجرائم التي تخل بأمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج، وما يرتبط بها من الجرائم؛ ولكن فقرتها الثانية تخلط كذلك بين مجال تطبيق قانون الأحكام العسكرية وقانون الطوارئ، وهما مجالان منفصلان أصلا، وعلى الأخص لأن حالة الطوارئ موقوتة بطبيعتها، ولها أسبابها وجرائمها التي تفصل فيها محاكم أمن الدولة التي نظمها القانون رقم ١٦٢ لسنه ١٩٥٨.

ولكن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، استبدل المحاكم العسكرية بمحاكم أمن الدولة؛ واختص الأولى بالنظر في كل جريمة أثمها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ إذا أحالها إليها رئيس الجمهورية إثر إعلان حالة الطوارئ.

٦٠٨- <u>وقد أثار تطبيق الفقرة الثانية المشار إليها جدلا كبيرا حول حقيقة المقصود بها.</u>

ومن ثم عرض طلب تفسيرها تفسيرا تشريعياً على المحكمة الدستورية العليا، التي جلته بقرارها الصادر في هذا الطلب <<أن عبارة أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، <u>يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديدا مجردا؛ وكذلك الجرائم المعينة بذواتها بعد ارتكابها فعلا</u>>>.

وقد قام قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعائم الآتي بيانها:

<u>أولاً</u>: أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعيا، مؤداه ألا تفسر عبارتها بما يخرجها عن معناها، أو يفصلها عن سياقها أو بما يناقض الأغراض المقصودة منها.

ثانيا: أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستغراق، صار منصرفـــاً إلى كافة أفراده بغير حصر لهم. ومن ثم كان العام دالاً علـــى الشـــمول والاســـتغراق، ولا يخصص بغير دليل. وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول. ويتعين بالتالى حمل كل نص تشـــريعى أفرغ فى صيغة عامة، على معنى الاستغراق، حتى يقوم الدليل جلياً على تخصيصها. وإذ كان لرئيس الجمهورية بمقتضى الفقرة الثانية محل التفسير، أن يحيل إلى المحاكم العســكرية أيـــة جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، وكانت عبارة "أيـــة جريمـــة" تـــدل بعمومها دون تخصيص، وإطلاقها دون تقييد، على اتســـاعها لكـــل جريمـــة يقـــرر رئيـــس الجمهورية إحالتها إلى القضاء العسكرى، فإن قصر سلطته فى ذلك على الجرائم قبل ارتكابها -والتى يحددها بالنظر إلى نوعها- دون غيرها من الجرائم التى يعينها بذواتها بعد وقوعـــها، يكون غير صحيح قانوناً.

ثالثاً: إذ يقدر رئيس الجمهورية -وفقاً للفقرة الثانية من المادة [٦]- إحالـــة جريمـــة أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها، ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بـــالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالـــة أو يغض بصره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة فـــى درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدواناً عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافاً عـــن ضماناتها.

رابعاً: أن انطباق نص الفقرة الثانية -محل التفسير- على جريمة بذاتها تتحدد أبعادهـــا ودرجة خطورتها بعد ارتكابها، أولى من سريانها على جرائم يحددها رئيس الجمهورية بالنظر إلى نوعها، فلا يكون إدراجها فى قائمة تحصيها، دالا على ظروفها الشـــخصية؛ ولا كاشـــفا" عن الأوضاع التي تلابسها.

خامسا: أن إعمال هذه المحكمة لسلطتها فى مجال التفسير التشريعى المنصوص عليـــها في المادة ٢٦ من قانونها، يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع. بل عليها أن تستظهرها وقوفا على كنهها، مستعينة فى ذلك بالتطور التاريخى للنصوص القانونية التى تفسرها تفسيرا تشريعيا، وكذلك بالأعمال التحضيرية التى سبقتها أو عاصرتها.

وتقطع الأعمال التحضيرية للفقرة الثانية لهذا النص بأن إحالة "قضايا معينة" مما يدخـــل فى اختصاص رئيس الجمهورية وفقا لحكمها.

سادساً: أن الطبيعة الاستثنائية لنص تشريعى معين، لا تعنى –فى مجال تفسيره وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون هذه المحكمة– إهدار إرادة المشرع، أو الإعراض عن المقاصد التى ابتغاها من وراء تقريره.

٦٠٩– وقد أثار هذا التفسير خلطا كبيرا بين حقيقة مضمونه من جهة؛ ودستوريته من جهة ثانية.

ومرد هذا الخلط، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعيا؛ لا يزيد على مجرد استخلاص إرادة المشرع في شأنها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في ذلك، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية إذا تبين لها خفاء بعض النصوص القانونية التى أقرتها والتباسها بالتالي على القائمين على تطبيقها([1]). فالتفسير التشريعي في هاتين الحالتين، يتسم بعدد من الخصائص أهمها.

١. أن هذا التفسير ليس بخصومة قضائية تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها؛ وعن طريق القضاء إنفرادا.

٢. أنه فيما خلا الشروط التى قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها فى مجال التفسير التشريعى –كذلك التى تتعلق بأهمية النصوص القانونية التى تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضى تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمدلولها– فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها فى مباشرتها لمهمتها هذه. وهى بذلك تلتزم بضوابطها فى مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعى تحريفاً للنصوص القانونية أو تحويراً لمقاصدها. وهى كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل فى خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير

([1]) انظر فى ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنه ٨ قضائية "تفسير" جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ – قاعدة رقم ٣– ص ٣٨٤ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا بعد تفسيرها النص المطلوب تفسيره فى الطلب المرفوع إليها بذلك، عادت إلى الفصل فى دستورية هذا النص، وانتهت إلى رفض الطعن بعدم دستوريته، بما يفيد أنه أيا كان مضمون النص –وسواء حدده المشرع أو حددته المحكمة الدستورية العليا من خلال سلطتها فى التفسير التشريعى– فإن الطعن فى تطابق هذا المضمون مع الدستور، يظل اختصاصا ثابتا للمحكمة الدستورية؛ انظر فى ذلك القضية رقم ٣٨ لسنه ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ –قاعدة رقم ٤٢– ص ٣٥١ من الجزء الرابع. وفيها بحثت المحكمة ما إذا كان النص الذى سبق لها تفسيره تفسيراً تشريعيا، يعد مخالفا أو موافقا للدستور.

الحقوق المدعى بها أو نفيها؛ وإن لم يتوخ هذا التفسير مجرد توحيد دلالة النصوص القانونية المضطربة معانيها، حتى يستقيم تطبيقها فى مواجهة المخاطبين بها، فلا تتعدد تأويلاتها.

٣. وإذ تحدد المحكمة الدستورية العليا من خلال التفسير التشريعي دلالة النصوص القانونية التي تفسرها، وكان قرارها بالتفسير يندمج في هذه النصوص؛ ويرتد إلى تاريخ العمل بها؛ فلا ينفصل عنها، وإنما يصير جزءاً منها، فإن تحوير قرار التفسير من خلال إعادة النظر فيه أو عن طريق إدخال عناصر جديدة عليه، يكون محظوراً، ذلك أن قرار التفسير يعتبر ملزما لكل سلطة وللناس جميعهم.

٤. وإذ كان من المقرر قانونا ألا تفسر النصوص القانونية تفسيراً تشريعيا بما يمسخها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يعجزها عن تحقيق الأغراض المقصودة منها؛ على تقدير أن المعانى التى تدل عليها النصوص -والتى لا يجوز تحريفها- هى التى تفصح عن حقيقة محتواها، وتدل على ما قصده المشرع منها، فقد صار أمراً مقضياً تقرير حقيقة قانونية مفادها أن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعيا، لا يستنهض طلبا ضمنيا بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور. ذلك أن طلب التفسير الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادة ٢٦ من قانونها، لا يخولها غير استصفاء إرادة المشرع التي حمل عليها النصوص القانونية محل التفسير. وهي تستخلص هذه الإرادة بغير تقييم منها لأوجه اتفاق هذه النصوص أو معارضتها للدستور؛ وإنما لتعطي تلك النصوص دلالتها وفق ما ابتغاه المشرع منها، سواء قصد المشرع بإقرارها مخالفة الدستور أو تقيد بأحكامه، وسواء كان موقفه منها مجانبا الحق أو ملتزما به، محايدا أو ملتويا([1]).

بما مؤداه أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يعطل، أو يقيد سلطتها فى مجال الفصل فى دستورية هذه النصوص ذاتها.

([1]) انظر فى ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنه ١٧ قضائية "تفسير" – جلسة ١٩٩٥/١٠/٢١– قاعدة رقم ٢–ص ٨٢١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ذلك أن التفسير التشريعي لتلك النصوص، لا يحدد غير مضامينها علـــى ضـــوء إرادة المشرع ووفق مقاصده منها. وتحديد فحواها وأغراضها علي هذا النحـــو، غـــير اتفاقـــها أو مخالفتها للدستور. فالأمران مختلفان، بل هما نقيضان([1]).

وعلينا بالتالى أن نقرر، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطـــهرها، لا من مثالبها الشكلية، ولا من عيوبها الموضوعية. وإنما يظل عوار مخالفتها للدســـتور كامنـــاً فيها، لا يتحول عنها.

ويظل بالتالى مطروحاً أمام المحكمة الدستورية العليا، أمر الفصل فى دستورية الفقـــرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقـــانون رقـــم ٢٥ لســـنة ١٩٦٦، والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠.

٦١٠- والحقيقة القانونية التى لا نزاع فيها، هى مخالفة هذه الفقرة للدستور. وهى حقيقة لا ينال منها قضاء المحكمة العليا فى الدعوى رقم ١٢ لسنه ١٥ قضائية من أن الفقرة الثانيـــة من المادة ٦ المشار إليها، يرتبط تطبيقها بإعلان حالة الطوارئ الموقوتة بطبيعتها؛ وأن رئيس الجمهورية إذ يحيل إلى المحاكم العسكرية؛ جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها؛ فـــإن قراره فى ذلك يكون مجرد أداة لتنفيذ حكم هذه الفقرة التى لا ينتقص تطبيقها من الاختصـــاص المقرر قانوناً لمحاكم القانون العام بالفصل فى هذه الجرائم ذاتها، ما دام هـــذا الاختصـــاص مخولا كذلك للمحاكم العسكرية بنص له قوة القانون على ما تقدم؛ وطالما كان إعمال رئيـــس الجمهورية لسلطة الإحالة، إنما يتم تنفيذاً لهذا النص[2].

([1]) وخير شاهد على ما تقدم، ما تم فى الطلب رقم ٢ لسنة ٨ قضائية، الذي قدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقـــم ١٢٧ لســـنة ١٩٨٠ تفسيراً تشريعياً. وما أن صدر هذا التفسير، حتى نعى المدعى فى الدعوى الدستورية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، على هذه المادة ذاتها، مخالفتها للدستور. وقد قضى بقبول هذا الطعن شكلاً وبرفضـــه موضوعاً. ولو كان التفسير التشريعى لنص المادة المطعون عليها فى هذه القضية حائلاً دون تجريحـــها على أساس مخالفتها للدستور، لقضى بعدم قبول هذه الخصومة لاتصالها بالمحكمـــة الدســـتورية العليـــا بالمخالفة للأوضاع المقررة أمامها. القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مـــايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص٣٥١ من الجزء الرابع من مجوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) صدر الحكم فى هذه الدعوى من المحكمة العليا -الأسبق وجودا من المحكمة الدســـتورية العليـــا- فـــى ٣ أبريل ١٩٧٦، ونشر فى صفحة ٤٥٦ وما بعدها من الجزء الأول (مجموعة الأحكام الصـــادرة فـــى الدعاوى الدستورية) من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشـــائها فى ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وظاهر مما تقدم، أن المحكمة العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية؛ لـــم تنـــاقش السلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية –عند إعلان حالة الطوارئ– كافة جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، إلا من زاوية بعينها، هي أنها مجرد أداة لتنفيذ نص قائم فـــي قـــانون معمول به.

ولم تخض بذلك في مضمون هذه السلطة، أو نطاقها، أو في الآثار القانونية التي ترتبها، لتفصل في اتفاقها أو تعارضها من الدستور.

ومن ثم يكون حكمها مقصوراً على دائرة ضيقة، هي تلك التي تتعلق بالسلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المـــادة {٦} آنفة البيان. ومن ثم تتعلق هذه السلطة بنطاق اختصاص رئيس الجمهورية في شأن هـــذه الجرائم.

٦١١– وإذ كان الفصل في الاختصاص –وجوداً أو انتفاء– هو فصـــل فـــي مطـــاعن شكلية؛ وكان من المقرر في المطاعن الشكلية، أنها لا تسقط المطاعن الموضوعية، ولا تجبها، ولكنها تتقدمها؛ فإن قضاء المحكمة العليا في شأن الاختصاص المقرر لرئيـــس الجمهوريـــة بمقتضى هذه الفقرة، لا يعطل ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التحقق مـــن اتفـــاق السلطة التي يباشرها رئيس الجمهورية وفقا لحكمها، مع نصوص الدســـتور فـــي مادتـــها أو موضوعها.

فإذا استقام ما تقدم صحيحاً في الأذهان، وقام على سند من القانون، تعيـــن أن تتحـــدد دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، من منظور النقـــاط الآتـــي بيانها:

١. أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات –والتي يجوز لرئيس الجمهوريـــة أن يحيلها إلى المحاكم العسكرية عملا بالفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها– هـــي جرائـــم القانون العام، إذ هو إطارها والدائرة المنطقية لتنظيمها.

وإذ تخول الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، رئيس الجهورية سلطة إحالتها كلها أو بعضها إلى غير قاضيها الطبيعي، ممثلاً في المحاكم العسكرية، التي تتولى وحدها الفصل فيها بمجرد إحالتها إليها؛ فإن اختصاص هذه المحاكم يتحول من الدائرة المحدودة التي ينبغـــي أن ينحصر فيها، إلى اختصاص شامل يُحَو?م حول الجرائم جميعها، ويسعها فـــي كـــل أحوالـــها

وأنواعها، بما يقيم تلك المحاكم كجهة قضائية وحيده تفصل فى كافة الجرائم المحالة إليها، وذلك أيا كان موضوعها، أو أشخاص مرتكبيها.

٢. أن تخويل رئيس الجمهورية الحق فى أن يحيل ما يراه من الجرائم إلى غير قضاتها الطبيعيين، يحمل فى ثناياه مخاطر إساءة استعمال السلطة؛ ويقوض كذلك قواعد الاختصاص التى يحدد المشرع بموجبها لكل هيئة قضائية ولايتها. ذلك أن الأصل هو ألا تتداخل ولايتان قضائيتان، ولا أن تتزاحما فى موضوع واحد، ولا أن تنتزع جهة قضائية ولاية أثبتها المشرع لغيرها، وإلا كان ذلك عدواناً على استقلالها.

٣. غير صحيح ما قررته المحكمة العليا من أن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يبقى محاكم القانون العام إلى جوار المحاكم العسكرية، ويجعل اختصاصهما بنظر جرائم القانون العام المنصوص عليها فى هذه الفقرة، مشتركا. غير صحيح ما تقدم. ذلك أن رئيس الجمهورية إذ يحيل هذه الجرائم كلها أو بعضها إلى المحاكم العسكرية، فذلك ليخصها بها، بما يجعل الفصل فيها مقصوراً عليها.

<u>ومن غير المتصور كذلك أن تتعامد ولايتان على محل واحد.</u>

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بإحالة الجرائم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٦ إلى المحاكم العسكرية، ليس مجرد أداة لتنفيذ حكمها. بل إسباغ لاختصاص نظر هذه الجرائم على تلك المحاكم. فلا يكون نقل هذا الاختصاص إليها، غير ولاية جديدة ومبتدأه يخلعها رئيس الجمهورية عليها، كى تباشرها بنفسها، وتحتجزها لحسابها.

ولا كذلك سلطة التنفيذ التى يقتصر مجال إعمالها على تفصيل أحكام أجملتها القوانين القائمة، بما ليس فيه من تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها.

٥. أن السلطة التى يملكها رئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، تتصل بولاية قضائية قائمة، وتنقل بعض جوانبها إلى جهة غيرها. وهو بذلك ينشئها للجهة الجديدة، ويقيمها عليها ويختصها بها من خلال سلطة تقديرية مطلقة تناقض مبدأ الخضوع للقانون بما يقوم عليه من نبذ كل أشكال التحكم على اختلافها.

٦. أن حالة الطوارئ فى مصر، والتى يرتبط إعلانها باستعمال رئيس الجمهورية للسلطة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٦ آنفة البيان، تكاد أن تكون حالة دائمة يتحول بها اختصاص رئيس الجمهورية في نطاقها، إلي سلطة لا انقطاع لها تتحدد بدايتها

بقرار رئيس الجمهورية إعلان الحالة الطارئة. وهي حالة قلما ينهيها لا هو، ولا السلطة التشريعية التي يلجأ إليها لمدها. فلا يكون دوام تلك الحالة غير الأصل فيها.

٧. القول بأن النظم العسكرية لها من إجراءاتها فى التحقيق والمحاكمة ما يكفل سرعتها، ويدعم الأغراض المقصودة منها، مردود بأن للحق فى التقاضى وسائله وضماناته التى لا يجوز الإخلال بها. وكثيرا ما يكون عامل السرعة مدخلا إلى محاكمة مختصرة فى إجراءاتها، بما يناقض حقائق العدل التى لا يجوز التهوين منها. فضلا عن أن الأصل فى كل قاعدة إجرائية، أن يرتبط تطبيقها بمبرراتها المنطقية؛ وبملاءمتها لضمان حقوق أفضل للمتهمين جميعهم؛ وبتكاملها مع غيرها من القواعد الإجرائية والموضوعية، لتقيم فى مجموعها البنيان المقبول للنظم القضائية جميعها، والجنائية منها على الأخص، بحكم اتصالها المباشر بالحرية الشخصية.

٨. أن تحوير النظم القضائية القائمة من خلال نقل جرائم القانون العام من الجهة التى تختص أصلا بنظرها، إلى المحاكم العسكرية التى لها من جهامتها، وأوضاع تشكيل قضاتها، وقسوتها، وإجراءاتها التحكمية، وضماناتها المبتسرة، ما يحيط المحاكمة الجنائية أمامها بمخاطر كبيرة قلما ينجو المتهمون منها، وتخرج بها عن صميم منهاجها.

٩. أن المواطنين الذين ينتزعون من قضاتهم الطبيعيين، يواجهون ميل المحاكم العسكرية إلي التضييق من ضماناتهم القضائية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحق فى اختيار محامين يساندونهم في كافة مراحل التحقيق، وينبهونهم إلي كيفية تصرفهم أثناء جريانه؛ ويبصرونهم بحقيقة الأدلة المتوافرة ضدهم وما ينبغي أن يقدم من الأوراق والشهود لدحضها.

وحتى مع وجود هذه الضمانة، فإن المحامين كثيرا ما يردون عنها من خلال الآجال القصيرة التي يؤذن لهم فيها بقراءة أوراق التحقيق.

٦١٢- ومن هذه الزاوية، كان حرص المحكمة الدستورية العليا على أن تضمن قرارها الصادر فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية، العبارة الآتي نصها:

"إن رئيس الجمهورية إذ يحيل- وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية- جريمة بعينها أو جرائم بذواتها بعد وقوعها علي ضوء ظروفها ودرجة خطورتها، سواء في موضوعها أو بالنظر إلي مرتكبيها، فإنما يزن كل حالة علي حده بما يناسبها، ويقرر إحالتها أو بغض نظره عنها علي ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة

العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدوانا عليها، أو يخـــل بحرياتـــهم انحرافا عن ضماناتها([1])".

وهذه الحيثية التى أوردتها المحكمة الدستورية العليا فى طلب التفسير المذكور، وإن لـم يكن لها شأن باستخلاص إرادة المشرع وقوفا على كنهها، لتحدد علـــى ضوئـــها مضمـــون النصوص القانونية محل التفسير؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا ما سطرتها لهواً، ولكنـــها قصدتها لتدعو رئيس الجمهورية إلى ما يأتي: ما ينبغى أن يأخذ فى حسابه عند إعمال الفقـرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها.

أولاً: أن يحيل إلى المحاكم العسكرية، الجريمة أو الجرائم التى يقدر خطورتـــها بعـد إعلان حالة الطوارئ، على ضوء مقاييس موضوعية يستنهض بها الحقائق المواتية جميعـها، ويوازن منهجياً بين كافة عناصرها، ليدخل كافة مكوناتها فى اعتباره.

ثانياً: أن يكون دافعه إلى إحالة الجريمة أو الجرائم التى يعينها على ضوء خصائصـها، منحصراً في المصلحة العامة فى درجاتها العليا؛ وبما لا إخلال فيه بحقوق المواطنين انتـهاكا لها، أو بحرياتهم انحرافا عنها.

ثالثاً: أن تقدير المشرع لضوابط الولاية التى يعطى على ضوئها لكـل جهـة قضائيـة نصيبها من القضايا التي يخصها بها، ويكلفها الفصل فيها؛ غير تقديـر رئيـس الجمهوريـة لتحوير قواعد هذه الولاية بما يعدل من نطاقها أو يخرجها عن طبيعتها.

ذلك أن التقدير في الحالة الأولى لا يكون أصلا إلا موضوعيا. بينما توجهـه العوامـل الشخصية في الصورة الثانية، وهي عوامل كثيرا ما تقود إلى التحكم.

رابعاً: ولئن كان الدستور قد فوض المشرع فى أن يحدد للنظم العسكرية ملامحها التـى يندرج تحتها نطاق سريانها، وصلتها بالخاضعين لها، وحقوقهم قبلها، وأنماط الجرائـم التـى تواجهها بما يحيط بأركانها وبالجزاء عليها؛ وكان ما يتوخاه المشرع من هذا التنظيم، هـو أن تكتمل عناصره جميعها؛ إلا أن القواعد التى يقوم عليها، والقيم الأيدلوجية التى يصدر عنـها، لا يجوز أن تخل بالحرية الشخصية فى غير ضرورة، ولا بحقائق العدل فى متطلباتها الآمرة. وأخصها أن المدنيين يخرجون أصلا عن النظـم العسـكرية، فـلا تشـملهم مفرداتـها، ولا الأغراض التى تستهدفها؛ إذ هم غرباء عنها، فلا تجوز ملاحقتهم بها، أو إخضاعهم لها.

([1]) ص ٤٢٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

خامساً: أن الذين يجلبون إلى المحاكم العسكرية هم الذين يرتبطون حقيقة بالنظم العسكرية، فإذا لم تكن لهم صلة بها، أو قام الدليل على انقطاع هذه الصلة بعد سبق توافرها، لم يعد لتطبيق هذه النظم عليهم من محل([1]).

سادساً: وما قررناه فى شأن ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية من الجرائم عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على فقرتها الأولى التى تقرر سريان قانون الأحكام العسكرية على الجرائم المنصوص عليها فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم، إذا أحالها رئيس الجمهورية إلى القضاء العسكرى.

ذلك أن هاتين الفقرتين، وإن اختلفتا فى أن فقرتها الأولى لا تخول رئيس الجمهورية غير إحالة جرائم أمن الدولة -دون غيرها- إلى المحاكم العسكرية، ولا تقيده فى ذلك بزمن دون آخر؛ وكانت فقرتها الثانية تجعل من حالة الطوارئ قيداً زمنياً على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطته فى إحالة جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها إلى هذه المحاكم؛ إلا أن هاتين الفقرتين تتفقان فى تخويلهما رئس الجمهورية سلطة إخراج بعض الجرائم من دائرة القانون العام، ليحيل جناتها إلى المحاكم العسكرية التى تخضعهم لنظمها.

ولئن جاز القول بأن للجرائم التى تخل بأمن الدولة-داخليا أو خارجيا- خطرها، إلا أن مجرد خطورة الجريمة لا يربطها بالنظم العسكرية، التى تفترض إخلالاً مباشراً بالركائز التى تقوم هذه النظم عليها، وبالمصالح التي تحميها، والتى لا يندرج تحتها جرائم يحكمها القانون العام.

ولئن جاز أن تنظم قوانين خاصة جانبا من جرائم القانون العام بما يجعلها ملحقة بهذا القانون أو مكملة لأحكامه، فلا تنفصل عن إطاره؛ إلا أن النظم العسكرية لها خصائصها المتفردة التى تخرجها فى كثير من أجزائها عن ضوابط القانون العام، فلا تعمل فى إطار المفاهيم التى يحتضنها هذا القانون. وإنما تكون لهذه النظم ذاتيتها وقواعدها الاستثنائية التى يتعين أن ينحصر تطبيقها فى حدود ضيقة ترتبط عقلا بأهدافها.

سابعاً: وكلما أفرط المشرع فى تحديد دائرة الجرائم التى تشملها النظم العسكرية، كان ذلك انحرافا من المشرع عن حقيقة الأغراض التى ينبغى أن تتوخاها، وتحويراً لهذه النظم من

([1]) Toth v. Quarles 350 U.S. 11 (1955).

طبيعتها الاستثنائية، إلى أصل يهيمن على الجرائم فى كثير من صورها، حتى تلك التى تدخل فى المجال الطبيعى لدائرة القانون العام؛ وهو ما لا يجوز أو يغتفر([1]).

([1]) تقول المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١١ لسنة ١١ قضائية "تنازع" المحكوم فيها بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٩١ ما يأتى:

"من المقرر -عملاً بالمادة الخامسة عشر من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢- أن القضاء العادي هو الأصل، والمحاكم العادية هى المختصة بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكونة لجريمة وفقاً لقانون العقوبات -وهو القانون العام- أياً كان شخص مرتكبها. فى حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائي استثنائي مناطه إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة توافرت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون".

أنظر فى ذلك ص ٥٨٨ من الجزء الرابع من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

المبحث السادس
المخاطبون بالنظم العسكرية

٦١٣- يتحدد اختصاص المحاكم العسكرية من جهتين:

أولاهما: خصائص الجرائم التى ينبغى أن تدخل فى ولايتها من جهة، وثانيتهما: صفة مرتكبيها.

ذلك أن هذه المحاكم لا تنظر إلا فى جرائم عسكرية بطبيعتها، كالجرائم المرتبطة بالعدو؛ وجرائم العصيان؛ وجرائم تعطيل أسلحة القوات المسلحة ومعداتها، أو إتلافها أو نهبها؛ وجرائم الاعتداء على القادة والرؤساء؛ وجرائم إساءة استعمال السلطة والامتناع عن التقيد بالأوامر وإطاعتها.

ولا شأن لتلك المحاكم كذلك بجرائم أتاها أشخاص لا تخضعهم النظم العسكرية لأحكامها، أيا كانت طبيعة هذه الجرائم أو خصائصها.

٦١٤- وقد عرض قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لهاتين الزاويتين، وذلك بأن بين الجرائم العسكرية، وحدد أركانها فى المواد من ١٣٠ إلى ١٦٧ من هذا القانون؛ وعين المخاطبين بأحكامه فى المواد ٤ و٥ و٦ و٧ و٨ و٨ مكرراً؛ وإن كانت مادته الرابعة هى التى تحدد بطريقة أعرض وأشمل، المخاطبين بالنظم العسكريةَ، إذ جاء نصها معرفا بهم على النحو الآتى:

١. ضباط القوات المسلحة الرئيسية والفرعية والإضافية.

٢. ضباط صفها وجنودها عموماً.

٣. طلبة المدارس والمعاهد والكليات العسكرية، والمراكز التدريبية المهنية.

٤. المأسورين فى الحروب.

٥. أية قوات عسكرية يأمر رئيس الجمهورية بتشكيلها ويعهد إليها بأداء خدمة عامة أو خاصة أو وقتية.

٦. عسكريو القوات الحليفة والملحقون بهم، إذا كانوا يقيمون فى إقليم الجمهورية، ما لم تقض معاهدة أو اتفاقية خاصة أو دولية بغير ذلك.

٧. الملحقون بالعسكريين أثناء خدمة الميدان، وهم كل مدنى يعمل فى وزارة الحربية، أو فى خدمة القوات المسلحة بأية صورة.

٦١٥- وهذا النفر من المشمولين بقانون الأحكام العسكرية، يمثلون أكثر المخاطبين به عددا. ومنهم من يعتبر أصيلاً فى القوات المسلحة، متوليا وظيفة دائمة بها، كالضباط الذين يلحقون بأفرعها المختلفة، ويعتبرون من كوادرها بعد تخرجهم من كلياتهم أو معاهدهم العسكرية؛ ومنهم من يرقى إلى مرتبة القادة الذين يخططون لعملياتها الحربية ويديرونها. وإلى جانبهم فى القوات المسلحة، يأتى ضباط صفها، الذين يدربون جنودها ويشرفون عليهم بصفة مباشرة.

ثم تأتى القاعدة الأعرض للقوات المسلحة. وهؤلاء هم جنودها الذين يندرجون فى صفوفها لاستيفاء خدمتهم الإلزامية بها للمدة التى يحددها المشرع. ومن ثم تؤول خدمتهم هذه إلى زوال بعد انتهاء زمنها. وهم ينقلون بعد انقضائها إلى الاحتياط، ما لم تستدعهم القوات المسلحة من جديد لخدمتها فى أغراض شتى يندرج تحتها تطوير تدريبهم؛ أو استكمال عناصر وحداتها، أو تعبئتهم للقتال؛ أو حشدهم عند إعلان حالة الطوارئ.

ويلحق بهؤلاء وهؤلاء:

٨. كل قوة مسلحة يشكلها رئيس الجمهورية ويكلفها بعمل معين، ولو لزمن محدود، كما لو بثها للقضاء على تمرد أو عصيان داخلى شديد الخطر.

٩. كل قوة مسلحة تأتى من دولة أجنبية لتقيم فى مصر بوصفها قوة حليفة تظاهر جيشها، وتقدم عونها لدعم جهوده الحربية، وكذلك المدنيون الذين يلحقون بها.

وتنظم المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أو الخاصة أوضاع القوة الأجنبية الموجودة فى مصر، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسئولية الشخصية لأفرادها عن الجرائم التى يرتكبونها فى

إقليمها؛ وإن كان الأصل هو محاسبتهم عنها أمام السلطة الإقليمية، ما لم تعفهم المعاهدة صراحة من الخضوع لها([1]).

١٠. المدنيون أثناء خدمة الميدان، سواء أعانوا قواتهم المسلحة بطريق غير مباشر من خلال عملهم لحسابها فى وزارة الدفاع؛ أم كانوا من المرافقين لها الذين يسهمون بطريق مباشر فى عملياتها الحربية. كالأطباء الذين يعودون جرحاها ومرضاها، والمهندسين الذين ينصبون لها المعابر التى تجتازها.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء، يساندون قواتهم المسلحة أو يعايشونها من خلال أعمال يؤدونها لمصلحتها.

١١. أسرى الحرب([2]) وهؤلاء تنظم أوضاعهم اتفاقية جنيف فى ١٩٤٨/٨/١٢ بشأن قواعد معاملتهم، والتى تعتبر مصر طرفا فيها، وتتقيد بالتالى بأحكامها التى تقوم فى جوهرها على ما يأتى:

([1]) وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لنزاع يتعلق بدستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش العربية فى البلد الذى تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التى وافق عليها مجلس الدفاع المشترك فى جامعة الدول العربية فى ١١ سبتمبر ١٩٦٥، والتى تقضى بخضوع أعضاء القوات الحليفة أصلا للولاية المطلقة لقضائهم الوطنى بالنسبة للجرائم التى يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة؛ وبعدم خضوعهم لولاية القضاء المدنى، أو لأية إجراءات أخرى فى هذه الدولة؛ وبأن تختص بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات التعاقدية أو حول الأضرار التى تلحق بالأشخاص أو الأموال- بصفة عامة- هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية.

وكان مبنى الطعن عليها بعدم الدستورية، حجبها القضاء المصرى عن نظر كافة المنازعات التى تنشأ بين القوات الحليفة والمصريين. وقد ردت المحكمة على هذا الطعن بقولها بأن هذه الاتفاقية أبرمت- فى إطار جامعة الدول العربية- تنظيما لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول، وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية، وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات فى البلد الذى تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه. وإذ وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجى، فإنها تعد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية، وتقتضيها السياسة العليا للبلاد، وتندرج ضمن أعمال السيادة التى ينبغى أن تنحسر عنها الرقابة القضائية الدستورية. ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى.

[انظر فى ذلك القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤- قاعدة رقم ٣- ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا].

([2]) تنص المادة الثانية من التقنين الأمريكى الموحد للعدالة الجنائية Uniform Code of Military Justice على أن تباشر المحاكم العسكرية ولايتها على الأشخاص الخاضعين لهذا التقنين، ومن بينهم- وعلى ما ورد فى البند ٩ من هذه المادة، أسرى الحرب المحتجزون لدى القوات المسلحة.

Prisoners of war in custody of the armed forces.

أولا : أن تراعى الدولة الحاجزة فيما تتخذه قبلهم من تدابير قضائية أو تأديبية -وعلى ما تنص عليه المادة ٨٣ من الاتفاقية- أكبر قدر من التسامح؛ وبشرط أن تتقدم إجراءاتها التأديبية قراراتها القضائية، كلما كان ذلك ممكنا.

وهم يحاكمون -وعملا بنص المادة ٨٤ من هذه الاتفاقية- عن جرائمهم أمام المحاكم العسكرية للدولة الحاجزة، ما لم ترخص تشريعاتها لأفراد قواتها المسلحة بالمثول أمام محاكمها المدنية عن الجرائم ذاتها التى يلاحق أسير الحرب قضائيا بسببها.

ثانيا : أن تتوافر دوما في المحكمة العسكرية التى تحاسبهم عن الجرائم التى يرتكبونها، ضمانة استقلالها وحيدتها، ودون إخلال بحقوق ووسائل الدفاع المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ من الاتفاقية المذكورة.

ثالثا : أن تراعي محاكم الدولة الحاجزة عند تحديد العقوبة -ولأبعد حد ممكن- أن المتهم ليس من رعاياها، وغير ملزم بالتالى بالولاء لها.

٦١٦- وقد ألحق قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، طلبة المدارس والكليات الحربية، وكذلك طلبة المراكز المهنية التدريبية، بالعسكريين. وهو ما نراه محل نظر.

ذلك أن هؤلاء لا يعتبرون من ضباط القوات المسلحة إلا بعد تخرجهم من هذه المعاهد أو المراكز. ويبقون من الطلبة طوال مدة دراستهم التى قد يتمونها، أو تقصر جهودهم عن الانتهاء منها. ولا يختلفون بالتالى فى مراكزهم القانونية عن طلبة المعاهد العلمية المدنية التى تقابل كلياتهم ومعاهدهم.

وليس من شأن طبيعة برامجهم التعليمية واختلافها فى نوعها عما يتلقاه الطلبة فى المعاهد المدنية النظيرة، أن تمايز بين هؤلاء وهؤلاء فى نوع أو نطاق الولاية القضائية التى يخضعون لها. ذلك أن محاكم القانون العام هى التى تشملهم بولايتها وتبسطها عليهم.

وهو ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية([1]) التى يبين من تقريراتها ما يأتى:

([1]) صدر هذا الحكم فى ٢٠٠٠/٩/٩ وقد نشر في ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

أولا : أن طلبة الكليات والمعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين فى القوات المسلحة.

ثانيا : أن منازعاتهم التى تتوخى إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة فى شأنهم عن مجالس هذه الكليات والمعاهد، تدخل أصلا فى اختصاص محاكم مجلس الدولة باعتباره قاضى القانون العام فى المنازعات الإدارية والتأديبية على ما تنص عليه المادة ١٧٢ من الدستور.

ثالثا : أن نقل الولاية القضائية من قاضيها الطبيعى، لا يجوز إلا فى أحوال استثنائية تكون الضرورة الملجئة هى مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة -فى أوثق روابطها- مقطوعا بها؛ ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها.

رابعا : أن طلبة المعاهد والكليات العسكرية لا يختلفون فى مراكزهم القانونية عن طلبة المعاهد المدنية التابعة لوزارة التعليم العالى. ولا يجوز بالتالى نقل الولاية القضائية فى شأن منازعاتهم الإدارية من محاكم مجلس الدولة إلى جهة غيرها.

٦١٧- ويظل ثابتا سريان النظم العسكرية فى شأن الأشخاص الذين يشكلون وحدة منظمة فى القوات المسلحة بما يلحقهم بها ويجعلهم من أفرادها، شأن هؤلاء شأن الذين ينتظرون خروجهم منها بعد انتهاء خدمتهم الإلزامية فيها؛ وشأن المتطوعين فى القوات المسلحة منذ قبولهم بها؛ وكذلك الذين تطلبهم للعمل فيها منذ طلبهم؛ والذين يستدعون قانونا للانخراط فيها منذ دعوتهم ووفقا لشروطها؛ والذين ما زلوا فى فترة الاختبار بها قبل تثبيتهم فيها؛ والمودعين فى سجونها تنفيذا لعقوبة محكوم عليهم بها؛ والمأسورين فى عملياتها الحربية طوال مدة احتجازهم لديها؛ والذين يصحبونها إلى قاعدة حربية فيما وراء حدود الولاية الوطنية أو يوجدون فى محيط هذه القاعدة؛ سواء استأجرتها القوات المسلحة بمقتضى معاهدة دولية، أو احتجزتها لنفسها بالقوة من خلال سيطرتها عليها.

المبحث السابع
خصائص النظم العسكرية وأهدافها

٦١٨- تحدد النظم العسكرية، الأشخاص الذين تشملهم بأحكامها، وتعتبرهم من العسكريين الذين لا يحاكمون وفقا لهذه النظم إلا عن جرائم بذواتها لها خصائصها، والتي تكفل عقوباتها ردع مرتكبيها، وضمان المصالح المباشرة للقوات المسلحة مما أقام لهذه النظم قانونها الخاص، وجعل سريانها واجبا ولو في زمن السلم.

وتجاوز الأغراض التي تستهدفها هذه النظم مجرد إيقاع صور الجزاء التي عينتها على المخالفين لأوامرها.

ويعتبر الدستور كذلك مصدرا مباشرا له يكفل شرعيتها؛ في الحدود المنصوص عليها فيه، والتي يندرج تحتها أن لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٥٠ من الدستور، أن يتخذ ما يراه من التدابير التي توفر للجيوش معداتها وتجهيزاتها، كي تتهيأ لها أفضل الفرص لأداء مهامها القتالية على الوجه الأكمل، إذ هو قائدها الأعلى والأمين على إعدادها للقتال.

وكما يختص رئيس الجمهورية بالدخول في كل معاهدة دولية يقدر ضرورتها لصون مصالحها، ولو في بعض جوانبها، كتلك التي تقيم تحالفا وفقا لنص المادة ١٥١ من الدستور، بين مصر وغيرها من الدول؛ فإن على المشرع -وعملا بنص المادة ١٨٠ من الدستور- أن يعمل على ضمان وفاء القوات المسلحة بواجباتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بأمن الوطن وضمان وحدته الإقليمية ورد المخاطر التي قد يتعرض لها من خلال غزو خارجي.

ولرئيس الجمهورية كذلك -ومن خلال مجلس الدفاع القومي المنصوص عليه في المادة ١٨٢ من الدستور- النظر في كافة الشئون ذات الصلة بأغراض الدفاع عن مصر وتأمينها من المخاطر.

وهذه المواد جميعها، يجمعها سعيها لضمان آلية مقتدرة تكفل للقوات المسلحة بلوغ أهدافها بأفضل الوسائل، وبما يكفل تحقيق تماسكها وفرض السيطرة عليها، وتأهيلها لخوض معاركها.

ومن ثم كان منطقيا أن يفوض الدستور المشرع في بناء المحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصاتها، وتعيين صور الجزاء التي توقعها عن الجرائم التي تنبسط عليها ولايتها، على أن يكون ذلك -وعلى ما تنص عليه المادة ١٨٣ من الدستور- في حدود مبادئ الدستور التي

لا يجوز تقرير حكم على خلافها، ولو كان ذلك فى إطار النظــم الاســتثنائية فــى جوانبــها المختلفة.

٦١٩- غير أن النظم العسكرية، وإن كان يحكمها قانون خاص يحيط بها؛ إلا أن هــذا القانون لا ينفصل عن غيره من القوانين، ولا يعمل فى فراغ Legal vacuum، إذ يدخل فــى إطار منظومة قانونية متكاملة لها من عموم مبادئها، ما يربط بين أجزائها، وعلى الأخص فى نطاق مفاهيم النظم الجنائية التى تقوم أصلا على أن البراءة تفترض، وأن نقضها لا يكـون إلا من خلال اقتناع قضائى لا تداخله شبهة لها أساسها.

٦٢٠- وأيا كان مضمون النظم القانونية، فإن حقائق العدل ومعطياتــها تحيـط كذلـك بالقواعد المسلم بها في مجال تفسير أحكامها. ويندرج تحتها أن كل كلمة أو عبــارة أوردهــا قانون ينظم الشئون العسكرية، إنما يؤخذ بها فى سياقها؛ وأن إطلاقها لا يتقيد بغــير دليـل، وتخصيصها لا يكون بغير قرينة تصرفها عن عموم معناها؛ وأن فهم العبارة أو الكلمة فــي القوانين العسكرية يكون أصلا بمقابلتها بما يماثلها في غيرها من القوانين، ما لم تعطها النظـم العسكرية لها معنى آخر يلتئم وطبيعة هذه النظم، أو يكفل بصورة أدق تحقيــق أغراضــها. وتعتبر المسائل التى لا حكم فيها، مسكوتا عنها لتنظمها القواعد الكلية التى توحد بين القوانيـن فى عموم مفاهيمها ومبادئها.

وحتى في النظم الاستثنائية، فإن حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتها، إنما تتحدد على ضوء القيم التي احتضنها الدستور. ذلك أن النظم القانونية جميعها، يحكمها الدستور ويحتويها. والمواطنون أطرافها بغض النظر عن مواقعهم فى مجال تطبيقها. وصفتهم هذه تواكبهم أينمــا حلوا، وإليها تعود حقوقهم وحرياتهم فى جذورها.

٦٢١- ويتعين بالتالي التوفيق بين النظم القانونية في البلد الواحــد لتحقيــق أغــراض أهمها:

أولا: ألا تتنافر ركائزها الأساسية بما يشوهها ويعوق تكاملها، لتظهر كنظم متفرقــة لا رباط بينها.

ثانيا: أن تمثل هذه النظم فى مجموعها، حصيد القواعد القانونية القائمــة Corpus juris التى لا تتهادم فيما بينها، وإنما تتداخل، وعلى الأقل من خلال اجتهادات قضائية وفقهية تضــم عناصر هذه النظم إلى بعضها، وتبين الخطوط الرئيسية التى تظلها، لتكفل فى نهاية مطافــها

الوحدة الواجبة للتنظيم القانونى فى الدولة، وعلى الأخص من ناحية المفاهيم الإجمالية التى تقوم عليها.

ثالثا : ألا تصدر النظم القانونية على اختلافها من فراغ أو باعتبارها هائمة فى فضاء عريض. إذ تدور حول تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم -لا بوصفها من القيم المجردة التى يصوغها المشرع فى نصوص قانونية لأغراض مثالية- وإنما لتعايش واقعها من خلال توازن يتحقق بين ضرورة ضمانها لأصحابها، وبين الحق فى فرض بعض القيود عليها لضمان حقوق الآخرين.

وتكفل قاعدتان هذا التوازن وتتكاملان فيما بينهما؛ أولاهما: أن النظراء يتكافأون فى الحقوق.

ثانيتهما: أن القيود على الحقوق مدخلها الوسائل القانونية السليمة The due process of law حتى لا يحرم أحد من حريته، ولا من الأموال التى يملكها، ولا من الحق فى الحياة، دون مقتض.

وهاتان القاعدتان الغائرتان فى النظم القانونية جميعها، تبدوان أكثر أهمية فى مجال تطبيقهما فى النظم العسكرية التى تتضاءل فى إطارها حقوق المتهمين قبلها. ذلك أن النظم العسكرية تحمل معها جهامتها وتقاليدها وأعرافها. ولا تنفصل كذلك عن أغراضها فى تحقيق أقصى درجة من الردع لضمان المصالح التى ترتبط بها هذه النظم، والتى تظل -فى محتواها وأغراضها- نظما قانونية تتواصل مع غيرها من النظم القائمة فى البلد الواحد، وتتأبى بالتالى على إطلاق السلطة أو إساءة استعمالها.

المبحث الثامن
علو السلطة المدنية على السلطة العسكرية

٦٢٢- وصار لازما أن تكون القواعد الكلية التى يتضمنها الدستور، حدا للنظم العسكرية؛ وأن ترتبط قوة الجيوش بخضوعها للقانون، وبعلو السلطة المدنية عليها، وتلقيها لتعليماتها منها.

ذلك أنه وإن جاز القول بأن الجيوش لا يجوز إعنانها ولا إضعافها بما يوهن عزائم رجالها من خلال قيود تنال من قدرتها على مواجهة المخاطر التى تطرأ لها سواء أثناء الأعمال الحربية، أو عند إعلان حالة الخطر العام أو الحصار L`Etat de siége؛ وأن السلطة القضائية كثيرا ما تتردد فى أن تستخلص بنفسها ضوابط تقيد بها الجيوش فى حركتها وفعاليتها؛ وأن التدخل فى مهامها قد لا يكون مقبولا حتى من الجماهير التى تنظر إلى قواتها المسلحة كصمام أمن يحفظ للبلد ترابها وعرضها؛ إلا أن النظم العسكرية تظل مقيدة بالإطار العام لحقوق المواطنين وحرياتهم.

فإن هى اجتاحتها؛ أو هددتها بصورة خطيرة، كان ذلك منها علوا على السلطة المدنية التى يفترض خضوعها لها، مجاوزا كذلك حكم الضرورة التى تكفل لهذه النظم طبيعتها الاستثنائية التى تخرج بها بصفة جزئية من إطار قواعد القانون العام، وعلى الأخص فى مجال العدالة الجنائية التى يدنيها من أهدافها ضمانها للحد الأدنى من حقوق المواطنين حتى فى مواجهة النظم العسكرية؛ وبما لايخل بضرورة رد المخاطر المتعاظمة التى تتعرض لها الجيوش فى مناطق التوتر وبؤر الصراع.

وهى مخاطر تتباين فى شدتها؛ ويتعذر دفعها إذا تهاون الجند فى واجباتهم أو أداروا ظهورهم لها، نكولا عنها، أو تهربا منها. ومن ثم كان الحزم والمبادأة بقوة الردع قرين النظم العسكرية، ومن سماتها الرئيسية.

وصح القول بالتالى بأن للنظم العسكرية خصائصها التى لا تقوم على افتراض استصحابها للحقوق المدنية بكامل عناصرها، وأن احتياجاتها وضروراتها ينبغى أخذها فى الاعتبار، فلا تسقطها السلطة القضائية من حسابها؛ وأن تطبيق شرط الوسائل القانونية السليمة فى هذه النظم، لا يجوز أن يكون صارما؛ ولا محددا وفق قواعد جامدة لا تريم تلك النظم عنها، أو تنحصر فيها، أو تنغلق عليها.

وإنما يكون إعمال هذا الشرط مرنا كافلا حدا أدنى من الحقوق التى لا يتصور أن تتجرد المواثيق الدولية والوطنية منها، لتفرض هذه الحقوق نفسها على الأخص فى إطار العدالة الجنائية التى لا يجوز أن تختل مقوماتها الرئيسية تبعا لطبيعة النظم التى تقيمها، وعلى الأقل فى مجال عرض الاتهام الجنائى والفصل فيه بطريقة منصفة لا عوج فيها Fundamental fairness.

وإذ كان من المقرر أن للنظم العسكرية احتياجاتها التى تتباين درجة شدتها على ضوء الأوضاع التى تحيط بزمن طروئها؛ وفى إطار نوع الضغوط التى تفرض نفسها على القائمين على تطبيقها؛ فإن قدر ضمانها للحقوق المدنية التى يطلبها المخاطبون بها، يكون كذلك متفاوتا. ذلك أن هذه النظم تكفل فعاليتها من خلال مرونتها. وما تتقيد به من الحقوق، إنما يتحدد مداه على ضوء الأوضاع التى تقارن تطبيقها.

وبقدر حدة الضغوط التى تواجهها، يزداد اتساع التدابير التى تقابلها، وتتحرر -وعلى الأقل فى بعض جوانبها- من قيود القانون العام، وبما لا يخل بضماناته الجوهرية، وأهمها أن النظم جميعها -وأيا كان نوعها أو مصدرها فى نصوص الدستور التى تؤسسها- لا يجوز أن تفصل فى اتهام جنائى مطروح عليها، فى غير إطار النظام الاختصامي للعدالة الجنائية.

بما مؤداه ضرورة أن يحاط المتهم بحقيقة الاتهام، وبالعناصر التى يقوم عليها، وبالقرائن التى تؤيده؛ وأن يكون الفصل فيه من قبل هيئة قضائية لها من استقلالها وحيدتها ما يؤكد نزاهتها وانصرافها عن الأهواء ورغائبها؛ ومن القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية التى تطبقها، ما يدل على إنصافها؛ ومن الحقوق التى تكفلها للدفاع ما يرجح موضوعيتها ويعزز فعاليتها؛ ومن الحق فى مواجهة التهمة وإقماع أدلتها، ما يعادل فى إطار الخصومة الجنائية بين مراكز أطرافها؛ ومن الحق فى الطعن فى الحكم القضائى-ولو صدر من محكمة عسكرية- أمام المحكمة الأعلى فى النظم المدنية، ما يقطع بعلو هذه النظم عليها وخضوعها لسلطانها.

يؤيد ما تقدم أن حقائق العدل لا يتصور أن تتبدل فيما بين النظم القانونية المختلفة تبعا لطبيعة كل منها.

إذ ليس للعدل غير مفاهيم موحدة تفرض نفسها على كافة النظم القانونية أيا كان محتواها. وتحريفها أو إسقاطها ليس فقط مجرد وهم لا يجوز تصوره، وإنما هو كذلك إساءة لاستعمال السلطة بما يخرجها عن مشروعيتها.

المبحث التاسع
التطبيق العملى للنظم العسكرية

٦٢٣- وما نراه فى كثير من القضايا التى تواجهها المحاكم العسكرية، أن أخطاء جوهرية تشوبها تضر بمركز المتهمين أمامها؛ وتكاد أن تحيل حقوقهم قبلها إلى الضياع.

ومرد ذلك إلى انصرافها أحيانا عن تطبيق القواعد الآمرة التى ألزمها المشرع بها؛ وإلى خروجها دوما على القيم التى احتضنها الدستور، وهى قيم يستحيل حصرها فى قائمة واحدة تحيط بها بالنظر إلى تطور هذه القيم فى مفاهيمها، وتسارع خطاها على ضوء الأوضاع المتغيرة فى الجماعة.

فلا تكون هذه القيم فى تطورها وتبدلها، غير ضمان لصمود الدستور عبر أجيال متعاقبة يلاحق بعضها البعض، ولكل منها مطالبها وآمالها، بما يحتم تفسير الدستور على ضوء القيم القائمة حتى يظل الدستور حيا فلا ينكسر.

ومن ثم تعامل القيم التى فرضتها الجماعة إطارا للشرعية الدستورية، بوصفها القاعدة الأعلى التى لا تنفصل حقوق المتهمين عنها، والتى تتعمق روافدها النظم القانونية جميعها -أيا كان موضوعها- فلا تتحول عنها.

إذ هى معايير الجماعة التى تضبط بها هذه النظم وتردها إليها. ولا يجوز بالتالى أن تنتزع أية سلطة لنفسها مفاهيم تبتدعها، وتقرر تعلقها بها دون غيرها، لتحدد على ضوئها ما تراه صوابا أو خطأ.

إذ يناقض ذلك ما بين النظم القانونية من ترابط، ويحقق انعزالها، فلا تتكامل فيما بينها، وإنما تستقل عن بعضها البعض -ليس فقط فى جزئياتها، وإنما كذلك فى القيم الرئيسية التى تظلها، لتبدو جميعها وكأنها نتاج مفاهيم أيدولوجية مختلفة فى بلدان متعددة بما يؤكد تفارقها لاتوافقها، وعلى الأقل فى العريض من خطوطها([1]).

([1]) فليس السلطة العسكرية وسائل قانونية تخصها وتنفرد بها. Military due process، وإنما تعلو هذه الوسائل عليها وتكون قيدا عليها Due Process of the Military

Bassiouni, Grimial law and its due processes, 1974, P.P.578-579.

٦٢٤- <u>ويزيد الأمر سوءا:</u>

١. أن قضاة المحاكم العسكرية قلما يعيرون آذانهم للماثلين أمامهم من المتـــهمين. فـــلا يمنحونهم وقتا كافيا لتحضير دفاعهم؛ وقد يرفضون طلبهم لشهود ينفون التهمة عنـــهم، أو لا يوفرون لهم فرص الاتصال بمحاميهم. وكثيرا ما يلقون الفزع في نفوسهم من خلال شـــدتهم، أو عن طريق إجراءاتهم المختصرة التي لا يطمئن المتهم معها إلى مصيره.

٢. أن تعيين هؤلاء القضاة والمدعون العامون، و كذلك ترقياتهم ومكآفاتهم، بيد قادتـــهم الذين يعلونهم. فلا يسلمون من الخضوع لتعليماتهم، وعلى الأخص لأن لقادتهم الحـــق فـــى مراجعة أحكامهم واعتمادها أو تبديلها وفق تقديرهم. وقد يبطلونها إذا تبيـــن لـــهم مناقضتـــها للسياسة النظامية التي يريدون تطبيقها في وحداتهم. فلا يكون تدخلـــهم في القضايـــا -ولـــو بطريق غير مباشر- إلا واقعا لا يدحض -وإن لم يكن مشهودا- يزيد من قسوته أمران :

<u>أولهما:</u> أن حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المشروع Habeas Corpus بعد أن يستنفذ طرق الطعن القضائية، غير مسلم به في مصر؛ وإن تقرر في كثير من الـــدول التي تراه امتيازا لكل فرد أودع -بالمخالفة للدستور أو للقانون- في مكان يقيد مـــن حريتـــه الشخصية، وعلى الأخص من خلال إجراء القبض أو الاعتقال.

وهي ضمانه ينازع بها في احتجازه غير المشروع، ولا يجوز وقفها إلا فـــي أحـــوال استثنائية مناطها العصيان والغزو. وغايتها أن تكفل للحرية الشخصية أفضل صور الحماية في مواجهة المخاطر التي تهددها. وصار هذا الامتياز بالتالي قرين الحرية أو مدخلها، يعززهـــا ويقويها، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي ينافيها أن يدان الشخص مـــن محكمـــة تناقض إجراءاتها للدستور؛ أو تخرج القوانين التي طبقتها على قواعده؛ أو يبطل حكمها بنـــاء على وجه آخر. كإنكارها حق الشخص في الحصول على مشورة محام، أو الحكم عليه أكـــثر من مرة من الجريمة ذاتها.

ويتوخى هذا الامتياز في المجال الجنائي إنكار ولاية المحكمة أو سلطتها في الفصل في الاتهام. ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على خطأ أو صحة حكمها؛ ولا على عدم كفاية الأدلـــة التي قام عليها هذا الحكم.

ويفترض تطبيق هذا الامتياز في الدول الفيدرالية توافر شرطين:

أ. أن يكون احتجاز الشخص فى الولاية أو تقييد حريته على وجه آخر، منطويا على إخلال بالحقوق الأساسية التى كفلها الدستور الفيدرالى، أو القوانين الفيدرالية لكل شخص.

ب. أن يكون احتجاج الشخص به تاليا لاستنفاده لطرق الطعن التى حددتها الولاية للفصل فيما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

ويفترض استنفاده لهذه الطرق، وجودها وملاءمتها، حتى لا يكون ولوجها مجرد انزلاق فى رمال غائرة لا نجاة منها، ولا أمل معها. ولا كذلك أن يكون قد تخلى طواعية عن القواعد الإجرائية المعمول بها فى الولاية، أو تعمد تجنبها، حتى لا يحصل على الترضية التى كفلتها عن احتجازه غير المشروع. وكلما كان احتجاز الشخص فى الولاية بناء على أمر صدر من سلطة فيدرالية، فإن استنفاده لطرق الطعن فى الولاية كشرط لإطلاق سراحه، لا يكون لازما.

ثانيهما: أن الضباط الذين تشكل منهم المحاكم العسكرية، والمحامين العامين لديها، كثيرا ما يكونون غير مجازين فى الحقوق، بما يعجزهم عن تفهم ما يكون من الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأي في الدعوى الجنائية، أو ثانويا غير مؤثر فى محصلتها النهائية؛ وكذلك ما يكون من الأدلة مقبولا أو غير جائز القبول؛ متعلقا بالدعوى الجنائية، أو غير منتج فيها.

وقد لا يرهفون سمعهم لحقوق المتهمين الماثلين أمامهم فى المرحلة السابقة على محاكمتهم Pre - trial proceedings، ولو كان إغفالها قد أثر بصورة جدية فى مركز المتهم.

ويعولون على الأقوال التى يدلى بها، ولو فى مرحلة التحفظ عليه، رغم ما يشوبها من ضغوط قد ينهار معها، فيدلي بأقوال أكره نفسيا" عليها، وقد لا تنبهه سلطة التحقيق إلى حقه فى أن يظل صامتا؛ وأن يستعين بمحام؛ وأن ما يقربه أمامها قد يؤخذ عليه.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، وإن تحقق الحصول عليها فى محاكم القانون العام، إلا أن التسليم بها فى المحاكم العسكرية التى يفزع المتهم أمامها، ولا يطمئن معها إلى مصيره، أكثر وجوبا، ولو طلبها وأصر عليها عسكريون قبل أن يصدر فى شأنهم قرار اتهام.

ذلك أن إنكار تلك الحقوق أو إرجاءها حتى يصدر هذا القرار، مؤداه أن يظل المتهم بغير دفاع ينبهه إلى خطورة الأقوال التى يدلى بها فى هذه المرحلة، وإلى أثرها على مركزه ،بما يعرض موقفه للخطر الجسيم.

٣. ولا تزال قائمة محاولة التقريب بين النظم العسكرية والمدنية فى مجال الحقوق التى تكفلها للمتهمين أمامها، أو الذين تقوم لديها شبهة ارتكابهم لجريمة.

إلا أن أكثر ما يعرض هذه الحقوق للتهديد فى النظم العسكرية، هو التدرج الرئاسى بين سلطاتها التى لا تعنيها حقائق العدل أكثر من اهتمامها بالأوضاع العسكرية فى صرامتها وتقاليدها وأعرافها.

ويعيبها كذلك أن القائمين بالأعمال القضائية فيها، أو بالأعمال الشبيهة بها، قلما يكونون مؤهلين قانونا، ولا يستوعبون غالبا حتى القواعد القانونية التى تطبقها هذه النظم([1]).

The greatest weakness of the system remains that it is administered by the military hierarchy which is often more interested in the rules of military tradition and custom than in justice, in addition to being seldom trained at law and often unfamiliar with the military law itself.

٤. ويلزم دائما لجواز القبض على العسكريين وتفتيشهم إذا أحاطتهم شبهة ارتكابهم لجريمة، أن يكون هذا الإجراء محمولا على أسبابه التى تكون صحتها أكثر احتمالا Probable cause، وأن يكون كذلك معقولا.

وهو ما يتحقق إذا ما تم بناء على إذن موافق للقانون؛ أو على أشياء تعد حيازتها -فى ذاتها- جريمة معاقبا عليها؛ أو على أشياء أخرى بموافقة مالكها؛ أو لها صلة بأدلة الجريمة التى يخشى طمسها أو إزالتها.

وينبغى أن يلاحظ دوما، أن للنظم العسكرية بيئتها التى لا يلائمها أحيانا التطبيق الجامد أو الكامل للقواعد الإجرائية التى تلتزمها محاكم القانون العام فيما تفصل فيه من الجرائم.

وقد تخرج عليها المحاكم العسكرية بصورة جزئية تخففا منها؛ وإن تعين أن يكون جوهرها موافقا للوسائل القانونية السليمة فى عموم متطلباتها.

وظل ثابتا بالتالى أن تفقد الضباط لجنودهم وقوفا على أحوالهم، وقدر انضباطهم، ودرجة تأهلهم للقتال؛ لا يقل شأنا عن تفتيش أماكن إقامتهم فى ثكناتهم.

([1])انظر فى ذلك الدكتور شريف بسيونى ص ٥٩٠ من مؤلفه السابق الإشارة إليه.هذا وتنص المواد ٥٤،٥٥،٥٧،٥٩ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٦٦ على أن يصدر بتعيين القضاة العسكريين قرار من وزير الحربية؛ ويكونون جميعهم من الضباط؛ ويخضعون لكافة الأنظمة المنصوص عليها فى قوانين الخدمة العسكرية؛ ويكون تعينهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يجوز نقلهم إلى مناصب أخرى إلا للضرورة العسكرية. وهو ما يعنى خضوع هؤلاء القضاة خضوعا كاملا لرؤسائهم.

ذلك أن القائمين بتفتيشها، لا يدخلونها انتهاكا من جانبهم لخصوصيتها، وإنما توقيا لإيداع أشياء ممنوعة فيها.

بل إن من الفقهاء من يقول بأن الذين ينخرطون فى القوات المسلحة، ويعتبرون من أفرادها، يجردون أنفسهم ضمنا من الحق فى حماية حرمة خواص حياتهم ،بقدر تعلقها بالأماكن التى يقيمون فيها داخل ثكناتهم([1]).

ذلك أن النظم العسكرية -التى تغاير المجتمع المدني في تكوينه واحتياجاته واحتياجاتها- تعايش واقعها؛ فلا تنفصل متطلباتها عن الضغوط التى ترزح تحتها.

ويجب بالتالى أن يحاط القبض والتفتيش بقدر كبير من المرونة التى ينـدرج تحتها، اعتماد السلطة العسكرية التى تجريه على تحرياتها الجدية، ولو جاءتها بعض عناصرها من مصادر تريد إخفاءها، على أن تكون هذه المصادر موثوقا بها. وهى تكون كذلك -على الأخص- إذا أيدتها هذه السلطة بمعلوماتها الشخصية؛ أو إذا كان الأشخاص الذين أبلغوها عن الجريمة، أو قدموا إليها بياناتهم عنها؛ قد وقعوا إقرارا منهم بذلك.

وتباشر هذه السلطة تحرياتها تلك ،آخذة فى اعتبارها طبيعة وخطورة الجريمة التى تم الإبلاغ عنها. إذ يتعين أن يكون لتحرياتها عمقا أكبر فى الجرائم الأكثر خطرا. ودون ذلك فإن أمرها بإجراء القبض أو التفتيش، لا يعتبر محمولا على أسبابه الراجحة صحتها.

([1]) R.D. Hamel, Military search and seizure, 39 Military law Review,43 (1968).

المبحث العاشر
الجرائم العسكرية – ماهيتها

٦٢٥- لا تتحدد طبيعة الجريمة على ضوء موقعها من القانون الذى أدرجها فى صلبه، كالقول بأن قانون العقوبات وغيره من القوانين التى تكمل أحكامه، إطارا لجرائم القانون العام؛ وأن النظم العسكرية وعاء الجرائم التى تضمها تشريعاتها.

فذلك كله نظر لا يتعمق حقائق الأشياء، وإنما يتعلق بأهدابها الشكلية.

شأن وجهة النظر هذه، شأن الذين يأخذون بمعيار شكلى فى تحديد اختصاص محـاكم مجلس الدولة، فيعتبرون كل قرار صدر عن السلطة التنفيذية -بأفرعـها المختلفـة- قـرارا إداريا، ولو كان هذا القرار متضمنا قواعد قانونية مجردة تماثل القوانين فى انتفاء تخصيصـها بواقعة بذاتها تتعلق بها، أو بأشخاص عينهم المشرع بصفاتهم لا بذواتهم.

والطبيعة الشكلية لهذا المعيار، لازمها أن تتحدد طبيعـة الجريمـة -لا بـالنظر إلـى مضمونها؛ ولا على ضوء الأغراض التى يستهدفها الجزاء عليها- وإنما من منظـور شـكل القانون الذى احتواها. فإن كان قانونا مدنيا، كانت الجريمة من جرائم القانون العام، وإلا تعين إلحاقها بالجرائم العسكرية إذا أدخلها قانون يخص النظم العسكرية فى إطاره.

٦٢٦- كذلك لا تتحدد طبيعة الجريمة بالنظر إلى أشخاص مـن يرتكبونـها. ذلـك أن الجرائم جميعها لا تتحدد أوصافها إلا على ضوء حقيقة ماهيتها. وأوصافها هذه هى التى تحدد الاختصاص القضائى بنظرها بغض النظر عن صفة مرتكبوها. وآية ذلك أن جريمـة قتـل الرجال لأزواجهن، تظل من جرائم القانون العام، ولو كان مرتكبيها من الخـاضعين أصـلا للنظم العسكرية.

ولا يبقى بعد هذا إلا أن يكون معيار تحديد طبيعة الجريمة، موضوعيـا ينظـر إلـى الجريمة فى مكوناتها؛ وإلى الأغراض التى يتوخاها الجزاء عليها؛ ونـوع المصـالح التـى تمسها، وما إذا كان إخلال الجريمة بها مباشرا أو عرضيا.

فالقتل جريمة من جرائم القانون العام بالنظر إلى أن تأثيم المشرع لها، لا يخص نفـرا من المواطنين دون سواهم. وإنما يشملهم جميعا فى كافة مواقعهم، وعلى تباين وظائفـهم، أو الأعمال التى يتولونها. وهم بذلك سواء فى التقيد بالنصوص العقابية التى تمنعهم من إتيانـها، لا يتمايزون فى ذلك عن بعضهم البعض.

ومن ثم كان القتل من جرائم القانون العام التى تفصل فيها محاكم هـــذا القـــانون دون غيرها بوصفها قاضيها الطبيعى. ولا كذلك أن يكون للجريمة خصائص قائمة بذاتها لها مـــن خطورتها ومن مساسها المباشر بالنظم العسكرية ومتطلباتها؛ ما يســـوغ إلحاقـــها بـــالجرائم العسكرية، وإدخالها فى زمرتها، إذا ارتكبها أشخاص يخضعـــون لـــهذه النظـــم، ويعتـــبرون مشمولين بها.

ويزيد الأمر سوءاً، أنه وإن كان الأصل فى الجريمة العسكرية، أن يرتكبها عسكريون، إلا أن النظم العسكرية قد تدرج فى إطار المشمولين بأحكامها أفرادا ليس لهم صلة بـــالقوات المسلحة، ولا يعتبرون منخرطين فى صفوفها. بما يناقض حقيقة أن العسكريين هـــم الذيـــن يرتبطون بالقوات المسلحة برابطة أصيلة، لا عرضية، تجعلهم من عناصرها، ولو كانوا فـــى إجازة تكتمل بانتهائها مدة خدمتهم فيها Terminal leave.

إذ يعتبرون حتى فى هذه الحالة، من أفرادها الذين تشـــملهم نظمـــها[١] بمـــا فـــى ذلـــك مسئوليتهم عن الجرائم التى يرتكبونها قبل انقطاع صلتهم بها.

ولا يجوز لمحكمة عسكرية بالتالى، أن تباشر ولايتها فى شأن شخص لـــم يعـــد مـــن الخاضعين لها، ولو كانت الجريمة التى ارتكبها تدخل فى اختصاصها بالنظر إلى مادة الأفعال التى تكونها. ولا اختصاص لهذه المحاكم بالتالى، بالفصل فى جرائم ارتكبها أشـــخاص بعـــد انتهاء خدمتهم فى القوات المسلحة؛ ولا جلبهم إليها عن جرائم أتوها خلال فترة التحاقهم بـــها، إذا كان اندراجهم فى صفوفها مخالفا للقانون. كما لو كانوا من القصر الذين لا يجوز قبولـــهم فى القوات المسلحة. ذلك أن ارتباطهم واقعيا بها بعد دخولهم فى خدمتها De facto، لا ينـــال من كونهم خاضعين لولاية آبائهم أو أوصيائهم.

ولهؤلاء وهؤلاء، أن يعارضوا بقاءهم فى القوات المسلحة، وأن يمنعوا محاكمها من أن تمد يدها إلى أبنائهم أو إلى المشمولين بوصايتهم.

وتثور صعوبة كبيرة فى شأن الأشخاص الذين وإن ارتكبوا جريمتهم أثناء عملهم فـــى القوات المسلحة، إلا أنهم بارحوها قبل أن يحاكموا عنها.

(١) Hironimus v. Durant, 168 F2d. (1948) 335 U.S. 318. See also George Washington Revieuw 142 (1947).

والرجوع إلى القوانين الوطنية، يدل على تباين مواقفها فى هذا الصدد. فمنها ما يجيز محاكمتهم عن الجرائم السابقة على خروجهم من القوات المسلحة، بشرط أن يكون لها من أهميتها وخطورتها ما يبرر جلبهم إلى المحكمة العسكرية للفصل فيها؛ ومنها ما يطلق الحق فى محاكمتهم عن هذه الجرائم بغض النظر عن نوعها أو درجة جسامتها. وهو الحل الذى أخذ به قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦؛ وذلك بما نص عليه فى المادة ٩ من أن يبقى العسكريون والملحقون بهم، خاضعين لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، إذا كانت جرائمهم وقت وقوعها مشمولة بأحكامه.

٦٢٧- ولا نميل إلى أحد هذين الاتجاهين، ونراهما قائمين على معايير غير موضوعية، ومستندين إلى التحكم ولا تحملهما غير إرادة السلطة التشريعية من خلال تبنيها موقفا تراه أكثر ملاءمة، وإن لم يكن بالضرورة قائما على صلة وثقى بين الحلول التى اختارتها، وضوابطها المنطقية.

وأكثر واقعية من هذين الاتجاهين، أن نقرر جواز ملاحقة المتهمين عن جرائمهم التى ارتكبوها أثناء خدمتهم بالقوات المسلحة، ولو بعد انقطاع صلتهم بها، إذا كان التحقيق معهم فيها، قد بدأ قبل انتهاء خدمتهم. إذ يعتبر بدء التحقيق فى جرائمهم التى أتوها أثناء عملهم بالقوات المسلحة، إجراء يربطهم بها، حتى بعد خروجهم من خدمتها. وتقوم بالتالى من خلال هذا التحقيق، صلة كافية تبرر تكليفهم بالمثول أمام المحكمة العسكرية لمحاسبتهم عن هذه الجرائم، ولو لم يكن ذلك التحقيق قد اكتمل. ذلك أن الأصل فى ولاية المحاكم العسكرية، أنها استثناء من أصل خضوع المواطنين جميعهم لمحاكم القانون العام، بضماناتها الإجرائية والعملية.

ويتعين بالتالى أن ينحصر هذا الاستثناء فى حدود ضيقة لا يندرج تحتها أن يقدم أعضاء سابقون فى القوات المسلحة، إلى محكمة عسكرية، عن جرائم لم يتخذ إجراء فيها قبل تركهم لها.

المبحث الحادي عشر
العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية

٦٢٨- وقد تتخذ القوات المسلحة الوطنية بعض مواقعها في دولة أجنبية. وتأذن للعاملين من أفرادها في هذه القواعد الأجنبية، بأن يستصحبوا زوجاتهم وأولادهم معهم ليقيموا فيها، وعلى الأخص إذا كانت هذه القواعد دائمة بمقتضى معاهدة دولية طويلة الأجل.

ومن ثم تكون عائلاتهم هذه -بكل أفرادها- من المدنيين الذين لا تجوز محاكمتهم أمام السلطة العسكرية الأجنبية عن جرائمهم التي ارتكبوها في تلك القواعد؛ ولا أمام محاكمهم الوطنية لوقوع الجريمة فيما وراء النطاق الإقليمي لولايتها؛ وإن جاز تسليمهم -وبوصفهم من المدنيين- إلى محاكم القانون العام في الدولة الأجنبية بناء على طلبها، وإن كان هذا الاحتمال ضئيلا.

٦٢٩- وقد تتخلى الحكومة الوطنية عن جزء من سيادتها في المعاهدة الدولية التي تنظم أوضاع قواتها المسلحة التي تعمل في قواعد أجنبية؛ وذلك بأن تخضعهم عن الجرائم التي يرتكبونها فيها، لولاية المحاكم العسكرية للدولة التي تستضيفهم في إقليمها. ولئن قيل بأن النزول عن بعض مظاهر السيادة الوطنية، يكون مجحفا بحقوق أفراد القوات المسلحة الذين يعملون في تلك القواعد، بالنظر إلى احتمال التهوين من حقوقهم أمام المحاكم العسكرية الأجنبية التي يقدمون إليها عن جرائمهم تلك؛ إلا أن كثيرين يرون أن احتمال محاكمتهم على وجه يناقض الوسائل القانونية السليمة في عناصر إنصافها، يعتبر نتيجة عرضية ناجمة بالضرورة عن عملهم في هذه القواعد. وهي نتيجة يفترض قبولهم لها ورضاؤهم ضمنًا بها([1]). وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن الحق في محاكم منصفة حق أصيل يأخذ برقاب النظم القانونية جميعها -في مستوياتها المختلفة، وأيا كان مكان تطبيقها- ليحيط بكل جوانبها.

([1]) Wilson v. Girard, 354 U.S. 524 (1957).

المبحث الثاني عشر
صور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية

٦٣٠- وإذ كان الأصل فى الجرائم بوجه عـــام، أن يكـــون تحديدهـــا بـــالنظر إلـــى خصائصها، فلا يخرجها المشرع عن طبيعتها ليجرها إلى نظم استثنائية لا شأن لها بها.

إلا أن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لم يأبـــه لـــهذا الاعتبار، إذ أفرط فى تحديد الجرائم التى شملها بأحكامه فأدخل تحتها -وبنص المـــادة ١٦٧ من هذا القانون- جرائم القانون العام، إذا كان من ارتكبها من الخـــاضعين لقـــانون الأحكـــام العسكرية. وهو نظر سقيم، وذلك لأمرين:

أولهما : أن خصائص الجريمة أو طبيعتها، هى التى تحدد جهة الاختصاص القضـــائى بنظرها أيا كان مرتكبها.

ثانيهما: أن النظم الاستثنائية التى تخرج عن قواعد القانون العام دون مقتض، تفـــرض على حقوق الأفراد وحرياتهم قيودا خطيرة لا يجوز القبول بها، لأنها تحور ضماناتها، ســـواء من خلال إهدارها أو انتقاصها من أطرافها.

٦٣١- واستقراء قانون الأحكام العسكرية، يدل على توجهه إلى مجاوزة الدائرة التـــى كان ينبغى أن يعمل فيها. ويظهر ذلك على الأخص فى مجال تطبيق نص المادة ٦ من هـــذا القانون التى تخول فقرتها الأولى رئيس الجمهورية -ولو فى غير أحوال الخطر العـــام- أن يحيل جرائم أمن الدولة جميعها إلى المحاكم العسكرية التى نص عليها هـــذا القـــانون، ولـــو ارتكبها مدنيون.

ثم تأتى الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها، لتخول رئيس الجمهورية أن يحيل أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، إلى هذه المحاكم، لتخرج الجرائم المنصوص عليها فى هاتين الفقرتين -وجميعها من جرائم القانون العام- من الاختصاص المطلق لقاضيها الطبيعى، لتشملها نظم استثنائية فى القواعد التى تحتويها، وفى نوع المحاكم التى تطبقها.

ولئن فوض الدستور المشرع فى تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتـــها؛ إلا أن نقل بعض مظاهر الاختصاص القضائى من الجهة التى تتولاه أصلا، يفترض أن يكون هـــذا

الإجراء واقعا بصورة استثنائية؛ وفى حدود ضيقة؛ ولأعذار تقتضيها المصلحة العامة فى أوثق روابطها وأعلى درجاتها؛ وتفرضها الضرورة فى أعمق متطلباتها.

وهو مالا يتوافر فى نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، التى يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، جرائم القانون العام، على ضوء تقديره لخطورة ما يحيله منها. ذلك أن هذا التقدير لا توجهه ضوابط موضوعية تفرض نفسها على رئيس الجمهورية ليتخذ على ضوئها قراره بإحالة هذه الجرائم إلى المحاكم العسكرية التى لا تختص أصلا بها.

فلا يكون نص المادة ٦ المشار إليه إلا مخالفا للدستور، ولو أحاط رئيس الجمهورية تطبيقها بأفضل النوايا. ذلك أن جرائم القانون العام لها ضماناتها، ودائرة منطقية لتطبيقها لا يجوز الإخلال بها.

ونقلها برمتها أو فى أغلبها إلى المحاكم العسكرية، يخرجها من دائرة تطبيقها إلى دائرة مختلفة لا يجوز أن تسعها، ولا يفترض أن ترتبط بها؛ ويخضعها بالتالى-فى غير ضرورة ملحة- لنظم استثنائية فى طبيعتها وخصائصها.

٦٣٢- وما قررناه فى شأن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، يصدق كذلك على نص المادة ٨ من هذا القانون التى تعاقب بمقتضى أحكامه، كل شخص من الخاضعين لهذا القانون، أتى فى الخارج - سواء باعتباره فاعلا أو شريكا- عملا يعد جناية أو جنحة تدخل فى اختصاص المحاكم العسكرية، ولو لم يكن معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه. فإذا كان معاقبا عليه فيه، جاز محاكمته مرة ثانية أمام هذه المحاكم عن الجريمة ذاتها، على أن تراعى مدة العقوبة التى يكون قد أمضاها.

وهذه المادة معيبة من وجهين:

أولهما: سريانها على كل شخص من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية، ولو لم تتوافر فيه الصفة العسكرية -كطلبة المعاهد والكليات العسكرية- واكتفاؤها فى تطبيق حكمها بأن تكون الجريمة التى أتاها فى الخارج - بكامل أجزائها- جناية أو جنحة تدخل فى اختصاص المحاكم العسكرية، سواء كان مرتكبها فاعلا أم شريكا، وطنيا أم أجنبيا، بل ولو كان مرتكبها مدنيا، وكانت الجريمة التى ارتكبها بتمامها فى الخارج، من جرائم القانون العام.

ثانيهما: تجويزها أن يقدم الشخص إلى المحكمة العسكرية ذات الاختصاص، حتى تجازيه مرة ثانية عن ذات الجريمة التى حوكم عنها فى الدولة التى ارتكبها فيها، ولو كان قد

نفذ عقوبتها بكاملها، أو كان مقدار عقوبتها فى قانون الدولة الأجنبية، أشد من العقوبة المقررة لها فى قانون الأحكام العسكرية. فإن كانت أقل، تستنزل مدتها من العقوبة الجديدة.

وفى ذلك مخالفة للدستور، ذلك أن الشخص لا يحاكم أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، وإلا كان ذلك عدوانا خطيرا على الحرية الشخصية، ينال منها بغير الوسائل القانونية السليمة.

٦٣٣- وإذ كان من المقرر قانونا، ألا تطبق أحكام قانون العقوبات -وباعتباره القانون العام- فيما ورد به نص خاص فى قانون الأحكام العسكرية، فإن كل جريمة نص عليها هذا القانون، تعتبر معاقبا عليها بالعقوبة التى حددها لها، ولو كان قانون العقوبات يقرر فى شأن الجريمة عينها جزاء أقل.

ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٣ من قانون الأحكام العسكرية، من معاقبة من يسرق من العسكريين نقودا من زميله بالأشغال الشاقة المؤبدة أو بجزاء أقل منها منصوص عليه فى هذا القانون. وهى عقوبة تزيد وطأتها بكثير على عقوبة الجنحة المقررة عن هذه الجريمة ذاتها فى قانون العقوبات.

٦٣٤- ويبدو غريبا كذلك نص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية التى تعاقب على الشروع فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون، بالعقوبات المقررة للجريمة الأصلية، إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

وتشديد العقوبة على هذا النحو، وإن توخى تحقيق الردع العام -على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون- إلا أن تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى كافة الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، يناقض الأصل المقرر فى المادتين ٤٦، ٤٧ من قانون العقوبات التى تقرر للشروع فى الجناية عقوبة أقل من العقوبة المقررة أصلا للجريمة التامة؛ وتنص ثانيتهما على أن يحدد المشرع الجنح التى يعاقب على الشروع فيها. وكذلك عقوبة هذا الشروع.

وليس مفهوما بالتالى أن يكون البدء فى تنفيذ فعل بقصد إتيان جناية أو جنحة، مساويا فى أثره لجريمة تم ارتكابها.

ونص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية، استثناء من القواعد العامة فى قانون العقوبات، فلا يجوز التوسع فى تفسيره، ويتعين بالتالى أن يقتصر تطبيقها على الجرائم العسكرية بمعنى الكلمة، وأن تتقيد المساواة التى فرضتها، بين عقوبة الجريمة التامة والشروع

فيها، بالعقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية التى لا يجوز أصلا توقيعها إذا وقف الفعل عند حد الشروع.

٦٣٥– أن حائطا يتعين أن يفصل بين المدنيين والعسكريين، فلا يمتزجان بما يجعل المدنيين مشمولين فى كل أحوالهم بالنظم العسكرية، ولو كانوا غير شركاء فى جريمة عسكرية بطبيعتها.

ذلك أن المحاكم العسكرية، وإن جاز تشبيهها فيما تفصل فيه من الجرائم، بالمحاكم الجنائية؛ إلا أنها تغايرها فى إجراءاتها وطبيعة القواعد التى تطبقها([1]). بما لا يوفر للمتهمين الماثلين أمامها الحد الأدنى من الحقوق التى تحول ضد إعناتهم. وهو ما يفصلها واقعا وقانونا عن محاكم القانون العام، وعلى الأخص بمراعاة ما يأتى:

أولا: أن خطأ المحكمة العسكرية سواء فى مجال تقريراتها الواقعية أو فى إنزالها لحكم القانون عليها، لا ينفتح به طريق الطعن على أحكامها؛ لا أمام المحكمة المدنية الأعلى فى موقعها من التنظيم القضائى القائم؛ ولا أمام محكمة عسكرية أعلى من المحكمة التى صدر الحكم عنها.

ذلك أن نهائية أحكامها ترتبط بالتصديق عليها وفقا لأحكام المواد ٩٧ إلى ١٠١ من قانون الأحكام العسكرية التى تخول رئيس الجمهورية –وبوصفه قائدا أعلى لقواتها المسلحة– سلطة التصديق على الأحكام القضائية التى عينتها المادة ٩٨ من هذا القانون، والتى تنحصر فى تلك الصادرة بعقوبة الإعدام أو بالطرد من الخدمة. وفيما عداها تكون سلطة التصديق من اختصاص من يفوضه من الضباط. وللضابط المفوض من رئيس الجمهورية فى مباشرة سلطة التصديق، أن يفوض غيره فى ذلك. وهو ما يناقض القواعد المسلم بها فى القانون العام التى لا تجيز التفويض فى التفويض.

ثانيا: أن قانون الأحكام العسكرية، وإن خول رئيس الجمهورية سلطة التصديق على الأحكام القضائية الصادرة بالإعدام أو بالطرد من الخدمة؛ إلا أن هذا القانون أغفل بيان حدود هذه السلطة؛ ولكن ذلك القانون حدد نطاقها إذا كان المصدق من الضباط الذين فوضهم رئيس

([1]) تنص المادة ٩٦ من قانون الأحكام العسكرية. على أن تطبق محاكم الميدان القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون، ولها عند الضرورة عدم التقيد بها مع عدم الإخلال بحق المتهم فى الدفاع عن نفسه طبقا للقانون.

الجمهورية فى ذلك، أو كان المصدق قد تلقى التفويض بذلك من الضابط المفوض من رئيس الجمهورية فى مباشرة سلطة التصديق.

إذ يجوز لهؤلاء وهؤلاء من الضباط، إبدال العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها بعقوبة أقل منها؛ أو إلغاءها كلها أو بعضها؛ أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها، أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى؛ أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى[1].

ولئن خول هذا القانون الضابط المصدق، بأن يعدل -على النحو المتقدم- من العقوبة المقضى بها فى الأحكام التى لا يدخل التصديق عليها فى اختصاص رئيس الجمهورية؛ إلا أن الضابط المصدق لا يلتزم قانونا بأن يورد أسبابها لتعديله العقوبة المحكوم بها، إلا إذا ألغى الحكم مع حفظ الدعوى، أو أمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى.

ثالثا: وأيا كان القائم بالتصديق، فإن هذه السلطة، يعيبها أمران جوهريان:

أولهما: أن من يباشرها لا يتقيد بضوابط حددها المشرع سلفا، مستنهضا بها رقابة حقيقية -لا تحكمية- تباشرها سلطة التصديق على الأحكام التى تعرض عليها للتحقق من صحتها فى تقريراتها الواقعية وأسبابها القانونية. ولا تعتبر بالتالى سلطة التصديق، جهة طعن بمعنى الكلمة.

كذلك فان توزيع سلطة التصديق بين رئيس الجمهورية والضابط المفوض فيها، يفترض أن يتقيد كل منها بنطاق ولايته التى حددها القانون.

بيد أن قانون الأحكام العسكرية نقض هذا الأصل بنص المادة ١٠١ التى تقضى بأنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها تخرج عن سلطة الضابط المصدق ؛ فعليه أن يرفعها إلى السلطة الأعلى المختصة وفقا لأحكام هذا القانون، ما لم يبدل الضابط المصدق العقوبة المحكوم بها بغيرها، أو يحذفها أو يخففها حتى تدخل فى نطاق العقوبة التى يجوز أن يصدق عليها.

وهو ما نراه مخالفا للدستور. ذلك أن قواعد الاختصاص لا يجوز توزيعها إلا بقانون. فإذا حل الضابط المصدق -بقرار يصدره- محل رئيس الجمهورية فى مباشرة سلطة التصديق

---

[1] يلاحظ أن سلطة إبدال العقوبة أو تخفيفها أو إلغائها أو وقف تنفيذها أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى، مخولة بصريح نص المادة ٩٩ من قانون الأحكام العسكرية للضابط المصدق. أما سلطه رئيس الجمهورية فى التصديق المبينة فى المادة ٩٨ من هذا القانون، فمخولة لرئيس الجمهورية. وهو لا يعتبر ضابطا مصدقا.

التى يباشرها وفق القانون؛ كان ذلك عدوانا على ولاية شبيهة بالولاية القضائية، وإن لم تكـن لها خصائصها.

فضلا عن أن سلطة التصديق على الأحكام، تحور من بنيانها. فإذا وزعها المشرع بيـن جهتين، تعين ألا يتداخلا.

ثانيهما: أن سلطة التصديق وإن كان ينظر إليها بوصفها شبيهة بمحكمة الطعن، إلا أنها لا تعتبر كذلك فى حقيقتها.

ذلك أن محكمة الطعن لا تباشر وظيفتها فى مراجعة الحكم المطعون فيه إلا على ضوء الأسس التى قام عليها واقعا وقانونا، لتقوم اعوجاجها إذا بان لها قصورها أو مخالفتها للقانون.

ولا كذلك سلطة التصديق التى لا تتقيد مباشرتها بضوابط يلـتزم بها مـن يباشـرها. وإنمـا هى سلطة تقديرية مطلقة يعدل بها المصدق من العقوبة المقضى بها وفـق هـواه، أو وفق الأوامر التى تصدر إليه من السلطة الأعلى، فلا تكون إلا قيدا خطـيرا علـى الحريـة الشخصية.

المبحث الثالث عشر
تقييم قانون الأحكام العسكرية

٦٣٦- ويظل قانون الأحكام العسكرية معيبا فى صياغته، قاصرا عن ضبط معانيه، وربطها بما يكفل اتساقها وتوافق عناصرها. فلا تكتمل لها الوحدة العضوية المرجوة، ولا يتحقق ترتيبها فيما بينها وفق أسس علمية تقيم بنيانها، وتوجهها لضمان الأغراض المقصودة منها.

ويحكم هذا القانون نظرة مبدئية قوامها علو النظم العسكرية على النظم المدنية، واستقلالها عنها فى إجراءاتها، بما يخل بنطاق الحقوق الجوهرية التى تكفلها للخاضعين لها.

بل إنها تجر إلى منطقة تطبيقها مدنيين يفترض خضوعهم لقواعد القانون العام([1]) وتعرضهم على قضاة يعينهم القادة فى وحداتهم، بما يؤكد تبعيتهم لهم وينال من استقلالهم، وبما يعزل المدنيين كذلك عن قضاتهم الطبيعيين الأحق بالفصل فى جرائمهم.

٦٣٧- ويزيد الأمر تعقيدا فى النظم العسكرية، أنها تخول سلطاتها القضائية أن تقرر بنفسها، وأن تنفرد وحدها، بتحديد ما يدخل أولا يدخل فى اختصاصها من الجرائم، وكأنها بذلك فوق الهيئات القضائية جميعها، بما فيها المحكمة الدستورية العليا التى اختصها قانونها -دون غيرها- بالفصل فى كل تنازع على الاختصاص، إيجابيا كان هذا التنازع أم سلبيا([2]).

وكان يتعين بالتالى أن تقوم محكمة مدنية أعلى بمراجعة أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لمجرد تقويم ما اعوج منها -سواء فى مجال ولايتها بنظر الدعوى الجنائية، أو تقدير وقائعها وتطبيق حكم القانون عليها- وإنما لأن طرق الطعن فى الأحكام -وعلى ما قررته المحكمة الدستورية العليا- لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية لتصويبها وبيان وجه الخطأ فيها،

---

(١) تنص المادة ٢٠ من مشروع دستور ١٩٥٤ الذى أعدته لجنه الخمسين على ما يأتى:

"لا يحاكم أحد إلا أمام القضاء العادى. وتحظر المحاكمة أمام محاكم خاصة أو استثنائية. ولا يحاكم مدنى أمام المحاكم العسكرية" كذلك تنص المادة ١٨٤ من هذا المشروع على أن "ينظم قانون خاص المجالس العسكرية ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون قضاءها. ولا يكون لهذه المجالس اختصاص إلا فى الجرائم العسكرية التى تقع من أفراد القوات المسلحة".

(٢) ما نص عليه قانون الأحكام العسكرية من أن تفصل السلطات العسكرية وحدها -بما فيها النيابة العسكرية- فيما يدخل فى اختصاصها أو لا يدخل، يدل على استخفاف العسكريين بالمدنيين وبالنظم التى تحكمهم

وإنما هي في واقعها أوثق اتصالا بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائدا أساسا إلى انفتاح هذه الطرق أو انغلاقها. وكذلك إلى التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية في مجال النفاذ إلى فرصها([1]).

يؤيد هذا النظر، أن سلطة التصديق على الأحكام العسكرية ليس لها خصائص طريق الطعن القضائية، ولا هي تتخذ مسلكها، ولكنها تتمحض عن سلطة تقديرية مطلقة تعدل من العقوبة المحكوم بها -إبدالا أو تخفيفا أو إلغاء- أو تبقيها، دون أن تتقيد في ذلك بقواعد قانونية حددها المشرع سلفا لضبطها. خاصة وأن القائمين بالتصديق، يكونون غير مجازين في الحقوق غالبا، ولا يعنيهم في الأحكام التي يصدقون عليها، وجه إخلالها بالحرية الشخصية التي لا يجوز إسدال خمار عليها لطمسها؛ ولا إيهانها من خلال انتهاكها بغير حق، وإنما يرتبط تصديقهم عليها بقدر تعبيرها عن السياسة التي يؤمنون بها، والتي يحرصون على تطبيقها في وحداتهم، ولو نقض هذا التطبيق، أوضاع النظم القانونية القائمة ومتطلباتها.

وهو ما يحتم فتح طريق الطعن المدني في أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لضمان تعدد درجات التقاضي في جرائم خطيرة قد تصل عقوبتها إلى الإعدام، وإنما لأن المحاكم العسكرية تفتقر في تكوينها إلى ضمانة استقلالها عن القادة الذين يعينون قضاتها، وإلى تجردها عن الانحياز لغير الحق، ما دام قضاتها -وجميعهم من الضباط- تابعين عملا لرؤسائهم، يتلقون تعليماتهم، ويتجنبون إغضابهم، ولو نص المشرع على استقلالهم.

هذا فضلا عن سوء فهم المحاكم العسكرية لحقيقة النظم التي تباشر ولايتها في نطاقها. ذلك أن هذه المحاكم تنظر إلى سلطة الردع الكامنة في الجزاء الجنائي، وكأنها غاية نهائية لا يجوز أن تتحول عنها، لتحدد على ضوئها خطاها.

وكثيرا ما حملها هذا الاعتبار على ألا تعطي الدعوى الجنائية التي تفصل فيها، حقها من الأناة حتى تحيط بها عن بصر وبصيرة، ولو أضر ذلك بحقوق الماثلين لها، ليس فقط فيما يتعلق بالمعاونة الفعالة التي يتوقعونها من محاميهم، ولكن كذلك في المرحلة السابقة عليها التي كثيرا ما تؤثر بدرجة خطيرة في مراكز المتهمين إذا ما حجبوا عن محامين يقدمون لهم يد العون في مرحلة حرجة يكونون خلالها وراء جدران مغلقة.

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ٩ لسنه١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم٧ ص١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وحتى أثناء سير الدعوى الجنائية، فإن النظر إلى سلطة الردع بوصفها محورا لها، مؤداه اندفاع الفصل فيها فى غير تمهل واختصار إجراءاتها واختزالها، بما يفقدها ضماناتها، ويحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبتسر يناقض محاكمتهم بطريقة منصفة ينافيها تسرع فى إجراءاتها ينطلق بها فى غير تبصر؛ أو بطء ملحوظ فيها يؤخرها دون مقتض، وعلى الأخص كلما كان هذا التأخير مقصودا أو جسيما. وإنما هى بين هذين الأمرين قوام ليكون ضابطها الاعتدال. فلا تزيد مدة الفصل فيها أو تقل عما يعتبر حدا زمنيا معقولا لتقدير وقائعها؛ وفحص أوجه الدفاع فيها؛ وإنزال حكم القانون عليها؛ وبمراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل فى الاتهام الجنائى، تفترض، فلا يكون إثباتها مطلوبا([1]).

يؤيد هذا النظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦٨ من الدستور من وجوب الإسراع فى الفصل فى القضايا. ذلك أن إسراع الفصل فيها، وإن كان لا يفيد تعجيلها وإصدار حكم فيها قبل تحقيق عناصرها؛ إلا أن هذا الإسراع، لا يقتضى كذلك أن يكون الفصل فيها متراخيا دون مقتض، إذ يتعين أن يتوافر لكل خصومة قضائية نصيبها العادل من الاهتمام، دون تفريط أو إفراط.

وتلك هى الفريضة التى لا تزال غائبة عن الجهات القضائية جميعها([2]). وهى فريضة يقتضيها نص المادة ٦٨ من الدستور باعتباره قاعدة آمرة لا توجيهية، فلا يترخص أحد فى القبول بها أو إهدارها. والنظم القانونية جميعها بما فى ذلك العسكرية منها، مخاطبة بهذه الفريضة. وعليها النزول عليها حتى يطمئن كل متهم على مصيره. فلا يتقرر هذا المصير بقضاء مندفع تهورا؛ ولا بقضاء متوان تخاذلا.

ولم يكن غريبا فى إطار المفاهيم التى تقوم المحاكم العسكرية عليها، أن تقرر محكمة النقض، أن نصوص قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٦٦، ليس فيها ما يفيد –صراحة أو ضمنا– انفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون، إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه؛ وأن ما تقرره المادة ٤٨ من هذا القانون من أن السلطة القضائية العسكرية وحدها، هى التى تحدد ما إذا كان الجرم داخلا فى

([1]) المحكمة الدستورية العليا –جلسة ١٩٩٨/٢/٧– الدعوى رقم ٦٤ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ فى ١٩ فبراير ١٩٩٨.

([2]) انظر فى ذلك بند ١٠ من ص ١٦ من مقدمة الجزء الثامن من أحكام المحكمة للدستورية العليا خلال الفترة من أول يوليو١٩٥٦ حتى أخر يونيو١٩٩٨.

اختصاصها أم لا، يناقض ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور من أن تحديد اختصاص الهيئات القضائية لا يكون إلا بقانون[١].

٦٣٨- على أن النظم العسكرية فى الدول كافة، تزداد صرامة تطبيقها فى زمن الحرب التى تنطلق الجيوش خلالها للدفاع عن الوطن إزاء مخاطر حقيقية يتهدد بها وجوده، فلا يكون ضبط تحركاتها، والسيطرة عليها، وفرض النظم الدقيقة على ضباطها وجنودها، إجراء منفصلا عن خطورة المهام التى تقوم عليها؛ ولا عن السلطة الكاملة التى ينبغى أن تكون لقادة الجيوش عليها؛ ولا عن ضرورة إلزامها بتنفيذ الأوامر التى يصدرونها لها بصلابة لا تقهر، وبطاعة عمياء لا تبصر، وعلى الأخص كلما كان عمل هذه الجيوش واقعا فيما وراء حدودها الإقليمية، أو مقتضيا تعاونا أو تحالفا مع جيوش أجنبية تعضدها وتشد أزرها، بما يعمق مسئوليتها فى إطار قواعد القانون الدولى العام التى تحكم الحروب التى تعلنها إحدى الدول أو تشنها. فلا تعتبر شئونها عملا داخليا، ولو جاوز رئيس الجمهورية سلطاته الدستورية فى مجال إعلانها أو شنها.

ذلك أن قيام حالتها The state of war يعتبر شأنا دوليا يقيد الوطن فى نتائجه القانونية، سواء فى الدول البسيطة، أو على صعيد الدول الفيدرالية التى تنعقد سلطة الحرب فيها وبالنظر إلى خطورة نتائجها وارتباطها بالمسئولية الدولية للحكومة الفيدرالية دون غيرها لتباشرها كسلطة لا تنقسم أو تتوزع بينها وبين ولايتها أو مقاطعاتها حتى لا تعلن الحكومة حربا عدوانية تمنعها قواعد القانون الدولى العام؛ ولتكون حربها الدفاعية واقعة فى إطار قواعد هذا القانون، وإن جاز القول بأن التدابير الدفاعية قد تقتضى أحيانا حربا هجومية لكسر شوكة العدوان فى معقله، ومطاردته فى قواعده، بما يجعل الفصل بين التدابير الدفاعية فى بدء حركتها من جهة؛ وما تؤول إليه فى تطورها من اقتلاع العدوان من جذوره من جهة أخرى، من المسائل الدقيقة التى لا تفلح القواعد القانونية فى إيجاد حل لها، وإنما تتداخل فيها عوامل شتى تزيد من تعقيداتها.

---

(١) "محكمة النقض" -الطعن رقم ٤٧١٦ لسنه ٥٦ قضائية- جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ -السنة ٣٨ جنائى- جزء أول- ص ١٩٤.

الباب الثالث
القوانين الجنائية وصلتها بالحق
في الحياة وفي الحرية وفي الملكية

الفصل الأول
الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية

المبحث الأول
الضرورة الاجتماعية مناط التجريم

٦٣٩- لا تتوخى القوانين الجنائية مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبنيان الجماعة ولقيمها، تماسكها حتى لا تنفرط.

ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين فى اتجاهها إلى ضبط أفعال الأفراد فى علاقتهم بمجتمعهم ؛ وفى صلاتهم ببعض؛ إلا أن القوانين الجنائية تفارق غيرها من القوانين ،فى أنها تحدد للمخاطبين بها -وبصورة جازمة لا تحتمل تأويلا- ما لا يجوز القبول به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية Socially intolerable conduct ؛ وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكنا فى إطار الضرورة الاجتماعية التى اقتضتها.

فلا يكون السلوك المحظور جنائيا، غير تعبير عن هذه الضرورة التى يرتبط بها الجزاء الجنائى فى نوعه ومقداره(1)>>.

٦٤٠- وصار من المسلم ألا يتعلق جزاء واحد بالجرائم جميعها؛ ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعى؛ ولا أن يكون الجزاء منافيا بقسوته ضوابط الاعتدال؛ ولا مهينا بما يهدر آدمية الفرد.

وإنما يكون لكل جريمة جزاؤها الخاص بها، محددا وفق الضرورة التى شكل المشرع على ضوئها بنيان الأفعال التى أثمها. فإذا كان الجزاء منافيا قدر هذه الضرورة، خرج على متطلباتها، وصار ضارا بالجماعة ذاتها. ذلك أن الجماعة لا توثق عراها روابط مادية تضم

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢١٠- ص٤٠٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

أفرادها إلى بعض؛ إنما يتحقق للجماعة ترابطها، واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قيم تظلها، وضوابط للسلوك تصوغها؛ فلا يكون تخليها عنها، أو تفريطها فيها، أو تراخيها في الحمل على النزول عليها، غير إيذان بتصدع بنيان الجماعة ذاتها.

وإذ كانت المفاهيم المتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنائية ثوابتها التى لا تقبل التغيير، إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها فى شأن ما تراه سلوكا مقبولا أو مرفوضا من وجهة نظر اجتماعية. ذلك أنها تأخذ فى اعتبارها أمرين يتفاوتان من جماعة إلى أخرى، وأحيانا داخل الجماعة ذاتها:

أولهما: الأهمية الآنية لمصلحة اجتماعية بذاتها The Current importance of a particular social interest

وثانيهما: أبعاد النزعة الإجرامية للجناة ودرجة خطورتها
The dangerous propensity of the offender.

وإذا كان الاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة للجماعة تقدر أهميتها فى زمن معين، ولا يصلح لضمانها غير الجزاء الجنائى؛ فإن الاعتبار الثانى يركز على الفرد من جهة سلوك مؤاخذ عليه جنائيا كان مقصودا من جهته حين أتاه، ودالا على توجهه إلى الجريمة، وميله إلى العودة إليها.

وهذا الاعتبار هو الذى يفرق بين الجناة الذين لا يتماثلون بداهة فى نشأتهم أو بيئتهم، ولا فى الأوضاع التى دفعتهم إلى الجريمة. ويستحيل صبهم بالتالى فى نماذج مغلقة لا يريمون عنها، وكأنهم من قوالبها التى لا تتبدل، والتى يصيرون بإفراغهم فيها، فريقا واحد يتوافق أفراده فى ظروفهم، ويأتلفون فيما بينهم فى نزعتهم الإجرامية؛ يعبرون عنها بالوسائل ذاتها، وبالأفكار عينها؛ وبالإرادة نفسها، سواء فى قدر تصميمها على الفعل المؤثم قانونا، أو فى درجة توجهها إلى نتيجته.

فلا تتباين خياراتهم، ولا تتعدد طرائقهم فى الحياة. وإنما هم سواء فى نظرتهم إليها، وفي تقييمهم لعوامل الخير والشر فيها؛ وفى قدر تصميمهم على النزوع إلى الجريمة، ووسائل التجهيز لها وتدبيرها. وليس ذلك من الحقيقة فى شئ. فالجريمة لا تحركها وحدة الاتجاه بين مقارفيها، وإنما الأصل فيها أنها عارض يطرأ على حياتهم بما يبدلها إلى الأسوأ.

٦٤١- وكان منطقيا بالتالى أن تزاوج القوانين الجنائية بين أمرين: أولهما: الطبيعة النوعية للقيم الخلقية الكامنة وراء السلوك منظورا إليها من زاوية اجتماعية.

ثانيهما: الطبيعة الشخصية لنوازع الشر والعدوان التى تصور الحالة الذهنية للجانى لحظة ارتكابه الجريمة.

ولئن كان الشخص -فى المفاهيم التقليدية القديمة- يعتبر مسئولا عن كل فعل أتاه إذا أضر بنفس أو بمال غيره، ولو لم يبلور هذا الفعل سلوكا مقصودا دالا على حالة ذهنية واعية؛ إلا أن النظم الجنائية فى تطورها الراهن، تولى اهتمامها لتلك الحالة الذهنية كأحد العناصر الشخصية التى يتعذر فصلها عن الجريمة فى مادتها. بل إن هذه النظم تنظر إلى الجريمة الأكثر خطرا من الوجهة الاجتماعية، باعتبارها مقتضية تحقيقا أشمل وأعمق فى الحالة الذهنية التى كان عليها الجانى حين ارتكبها.

ذلك أن هذه الحالة هى التى تشى بقدر إدراكه للقيم التى تخلى عنها، ودرجة وعيه بالأفعال التى ارتكبها، وخطورته بالتالى على الجماعة التى يعايشها.

فلا يكون الجزاء الجنائى غير تقدير من الجماعة لتدبير تراه كافيا لقمع الجريمة، أو للقصاص من فاعلها. وهو جزاء يرتبط بقيم الجماعة التى ترتد بعض جذورها إلى الدين، لتبلور هذه القيم فى مجموعها إطار القوانين الجنائية، ونطاق الضرورة الاجتماعية التى توجهها.

ولئن جاز القول بأن تلك القيم متطورة بطبيعتها؛ وأن معاييرها غير ثابتة؛ وأن بعض ملامحها قد تتراجع لتحل محلها مفاهيم تغايرها؛ وأن أهمية الدين وضرورته قد تتآكل، وقد يفقد مكانته بصفة كلية أو جزئية، بما ينال من القيم التى يروج الدين لها، خاصة عند هؤلاء الذين يرونها مناقضة للحقائق المادية فى الحياة، وما تتوخاه من ضمان حق الناس جميعهم فى الرخاء الاجتماعى، وتحقيق السعادة التى يعملون من أجلها بغض النظر عن العقائد جميعها، إلا أن هذه الحقائق المادية لا يجوز أن تمثل إطارا نهائيا للقيم التى تعكسها القوانين الجزائية، ولا أن تفرض عليها تساهلا أعمق، أو تسامحا أبعد فى مجال القيود التى تقتضيها من الأفراد فى سلوكهم داخل الجماعة.

ذلك أن هذه القوانين لا تزال فى أساسها قوانين للقيم الخلقية التى ارتضتـــها الجماعـــة، والتى يتحدد على ضوئها ما ينبغى أن يفعل كل فرد فيها، وما لا يجوز أن يفعل مـــن زاويـــة اجتماعية Do's and dont's ليفرض القضاة هذه القوانين فى أوامرها ونواهيـــها، علـــى مـــن يخالفونها بكل القوة التى فى أيديهم(١).

---

(١) انظر في ذلك

1. Johnson's Cases, Materials and text on criminal low, fourth edition, 1988.
2. Carlson's adjudication of criminal justice. Problems and references, 1986.
3. Abram's federal criminal law and its enforcement, 1986.
4. American criminal justice process: selected rules, statutes and quidelinens, 1989.
5. Langbein's Comporative criminal procedure: Germany, 1977.
6. See also: Lambert. v. California, 355 U.S. 225, 1957.
7. Philip. E. Johnson, Criminal Law, cases, materials and text, fourth edition, pp. 1-61.

المبحث الثاني
تطور القوانين الجنائية

٦٤٢- اقتصر القانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألفها الناس في أعرافهم في محيط اجتماعي معين Customary law common to all the realm، كالقتل والحريق. إلا أن هذا القانون جاوز في العمل حدود هذه الدائرة الضيقة، وانتقل إلى محيط أوسع خاصة بعد تطور الجماعة في احتياجاتها، وتعقد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتداخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع صورها، وتزايد فرصهم في النفاذ إلى الحقائق العلمية التي تتنوع على ضوئها أشكال الجريمة، وأدواتها وطرق إخفائها؛ بل وتنظيمها في إطار معقد، وبقاعدة أعرض.

وصار ينظر إلى الجزاء الجنائي في مواجهة هذا التطور باعتباره بديلا عن صور الجزاء القاصرة التي ينص القانون المدني عليها، وأداة لا محيص عنها لحمل الجناة المحتملين على التخلي على الجريمة، إذا قدروا أن ما يغنمونه من فائدة منها، أقل مما يتوقعونه من قصاص عنها.

٦٤٣- وتظل القوانين الجنائية -وهي من عمل المشرع- الأداة الأكثر فعالية لفرض النظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكامنة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفا من عقوبتها التي تقيد حريتهم إذا هم قارفوها.

فلا تكون قوة الردع هذه، غير قوة طاردة للجريمة، وناهية عنها في آن واحد.

بيد أن القوانين الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة إصلاح اجتماعي بالنظر إلى السياسة التي ينتهجها المشرع في مجال إقرار القوانين الجنائية التي لا يصلحها أن تكون تعبيرا عن طغيان السلطة؛ وإنما يقيمها على سوائها أن تبلور في مواجهة الجماعة التي تنظمها، رد فعل مرن لاحتياجاتها في زمن معين. فلا تكون هذه القوانين ضربا من الخيال؛ ولا اقتحاما غير متبصر لطرق لا يعرفها أحد. وإنما تصاغ من منظور واقعي؛ وعلى ضوء ضرورة فعلية -لا وهمية- وبمراعاة احتياجاتها التي لا يفترض دوما أن تتعاصر معها القوانين الجنائية.

إذ من المتصور أحيانا أن تبصر هذه القوانين تلك الضرورة بعد أن تتوافر إرهاصاتها التى تنبئها بها، ولكنها تتراخى عن مواجهتها وإن كان لا يجوز لها أن تتقدمها، ولا أن تتأخر عنها بخطى بعيدة.

وهذه الضرورة -منظورا فى تحديدها إلى أوضاع الجماعة ومتطلباتها- هى التى يتعين تمييزها عما يطرأ عليها من عوارض لا تصيبها فى صميم مصالحها، أو جوهر توجهاتها؛ ولكنها تكون محدودة فى أثرها، موقوتة فى زمنها، معبرة عن أوضاع مرحلية مآلها إلى وزال. وليس لها بالتالى من عناصر الاستقرار ما يكفل ثباتها، فلا تنظمها القوانين الجنائية التى يتعين أن تظل سارية لآجال معقولة، بما يكفل قدرتها على مواجهة أوضاع لها من دوامها ما يرشح لتنظيمها بنصوص قانونية تكفل تكيفها معها؛ ومن وضوحها ودرجة أهميتها ما يقتضى التدخل بالجزاء الجنائى لتأمين المصالح الحقيقية التى ترتبط بها، من العدوان عليها.

ومن مجموع هذه العناصر، تبلور تلك الأوضاع، نطاق الضرورة الاجتماعية التى تقوم عليها النظم الجنائية، آخذة كذلك فى اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا يصوغ المشرع هذه النظم كأداة توجهها السلطة السياسية لإقماع خصومها؛ ولا لقهرهم اجتماعيا؛ ولا لتحقيق أغراض لا رابط بينها. ذلك أن النظم الجنائية منظومة تتكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها، وتتحدد أحكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظورا إليها فى مجموع أفرادها([1]).

([1]) Ronald D. Rotunda: Modern Constitutional Law, Cases and Notes, fourth edition, pp. 339 – 384; Edward L. Barrett, William Cohen and Jonathan D. Varat, Constitutional Law, Cases and Materials, eighth edition, pp. 1244- 1252; Gerald Gunter, Constitutional Law, twelfth edition, pp. 411, 429; Gerald Gunter, Individual rights in Constitutional Law, fifth edition, pp. 82 – 100.

المبحث الثالث

الجزاء الجنائي – من منظور عام

المطلب الأول: مفهوم الجزاء الجنائي

٦٤٤- ليس الجزاء الجنائى إلا عقابا واقعا فى إطار اجتماعى. وكلما كان قاسيا صار محظورا. بل إن بعض الدول تعتبر توقيعه جريمة معاقبا عليها([1]).

ولا يفترض هذا الحظر، إلا بتمحض الجزاء الجنائى إيلاما فى غير ضرورة، سواء تعلق الأمر بمضمون الجزاء، أو بالطريقة التى يتم تنفيذه بها بعد النطق به. وهو بذلك يتصل من بعض نواحيه، بالكيفية التى يعامل بها المحتجزون فى أماكن إيداعهم، وبشروط بقائهم فيها، وأوضاع حياتهم بها. ويرتد هذا الحظر تاريخيا، إلى وثيقة العهد الأعظم Magna Carta([2]). وصار العمل به جزءا من القوانين المعمول بها فى إنجلترا بعد إدراجه فى وثيقة إعلان الحقوق بها عام ١٦٨٩([3])؛ وكان ما توخاه ابتداء هو مواجهة بعض صور الجزاء التى كان معمولا بها آنئذ، والتى تتسم بطبيعتها البربرية التى يندرج تحتها عرض المدانين فى مكان عام تحقيرا لهم واستهزاء بهم، وانتزاع أطرافهم، وفصل أعناقهم Decapitation ، وتمزيق أبدانهم([4]).

([1]) حظر التعديل الثامن للدستور الأمريكى توقيع أية عقوبة قاسية وشاذة.Cruel and unusual punishment
انظر فى معنى العقوبة القاسية.

Gregg v.Georgia, 428 U.S. 153 (1978); David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wiscosin Press, 1958, pp.383-420.

([2]) ينص الفصل ٢٠ من هذه الوثيقة (١٢١٥)علي ما يأتي:

A Free man shall be amerced for a small offence only according to the offence, and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence .

وترجمتها: "يعاقب الرجل الحر عن الجرائم الصغيرة وفقا لدرجة الجريمة؛ وعن الجرائم الخطيرة وفق جسامتها. [وهذا هو مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة].

([3]) ينص الفصل العاشر من وثيقة إعلان الحقوق في انجلترا لعام ١٦٨٩، علي ما يأتي:

That excessive bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.

([4]) كانت أغلب الجنايات يعاقب عليها في إنجلترا بالشنق. وفي بعض الجرائم الخطيرة -كجريمة الخيانة- كان يجوز تمزيق جسد الشخص إلي أجزاء أربعة. وفي المستعمرات الأمريكية كان يتم تحقير المذنبين في ميدان عام بعد ربطهم من أعناقهم وأيديهم. وكان الجلد كذلك شائعا في جرائم كثيرة، وكان دفن الجناة أحياء عقوبة مسموح بها.

٦٤٥- وصار مفهوما أن العقوبة لا يجوز أن تكون غلوا مجاوزا حد الاعتدال؛ وأن شذوذها من عناصر قسوتها، يندمج فيها ولا يستقل عنها. واليوم يعتبر حظر الإفراط في العقوبة من طبيعة عالمية علي ما تنص عليه المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٨/١٢/١٠([1]).

فلا نكون إلا أمام شئ واحد، هو العقوبة القاسية التى ترفضها المفاهيم التى ألفتها الأمم المتحضرة فى مجال النظم العقابية.

وتقرر كذلك أن كل عقوبة جديدة، لا تعتبر بالنظر إلى جدتها وحدها Per se منافية لهذا الحظر؛ وأن قسوتها لا تتحدد فقط بالنظر إلى مضمونها، وإنما كذلك على ضوء انفراط تناسبها بصورة ظاهرة مع نوع وخطورة الجريمة التى ترتبط العقوبة بها، وعلى الأخص كلما فرضها المشرع بطريقة تحكمية تتجرد من حقائق العدل وتصادمها.

ولا تزال المعايير التى تتحدد على ضوئها قسوة العقوبة مختلفا عليها، وإن وجب القول بأن مجرد وقوع العقوبة التى اختارها القاضى فى إطار حدين تقررا بنص تشريعى، ليس كافيا للحكم بدستوريتها؛ وأن قسوة العقوبة، وإن كان ينظر إليها فى الماضى باعتبارها مرادفة للعقوبة البربرية؛ إلا أن تطور المفاهيم الإنسانية وثباتها فى موازين الدول الديموقراطية. وأعرافها وطرائق سلوكها، أدخل هذه المفاهيم فى مجال العقوبة، وجعلها قيدا عليها تصوبها وتقيد من غلوائها.

وارتبط النظر فى دستورية العقوبة بالتالى، بقدر توافقها مع حقائق العدل؛ ورضاء الجماهير عنها، وقبولها بها من منظور المقاييس المتطورة التى التزمتها الأمم المتحضرة، والتى تدل على ارتفاع وعيها وحسها، ونضجها.

المطلب الثانى
معايير قسوة العقوبة

٦٤٦- وحتى اليوم لا توجد معايير مقطوع بها تتحدد على ضوئها قسوة العقوبة أو لينها، وإن تعين أن نقرر:

([1]) تنص المادة ٥ من هذا الإعلان عن عدم جواز تعذيب أي فرد أو تعريضه لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو محطة بالكرامة.

أولا : أن وجود عقوبة الإعدام فى بعض النظم، وإمكان توقيعها فى نطاقها، لا يخول السلطة التشريعية أن تبتدع من خيالها أية عقوبة تراها دونها([1]).

ثانيا : أن العقوبة التى يفرضها المشرع لا تتحدد قسوتها أو اعتدالها على ضوء أرق المشاعر وأعمقها نبلا. وإنما يتعين أن ينظر إلى وقعها على أوساط الناس، وإلى الأوضاع التى ألفوها ودرجوا عليها فى وزنهم لخطورة الجريمة، ونوع وقدر العقوبة التى فرضها المشرع جزاء عليها، وما إذا كان توقيعها فى حالة بذاتها يوافق شرط الوسائل القانونية السليمة([2]).

The idea that punishment could be cruel and unusual not in the abstract, but because it did not " fit the crime" to which it was attached.

المطلب الثالث

معايير قسوة العقوبة تنصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها

٦٤٧- وحتى وقت قريب، كان ينظر إلى الحكم بدستورية العقوبة التى وقعتها المحكمة على المحكوم عليه، باعتباره منهيا لكل نزاع حولها، ولو تعرض من أدين بالجريمة لمخاطر جوهرية، وواجه ألوانا من المعاناة لا قبل لأحد بتحملها أثناء تنفيذه للعقوبة المقرر لها؛ قبولا بأن دستورية العقوبة تتحسم بصدورها وفق الدستور، أيا كان شأن تنفيذها.

وهو ما لا يجوز القبول به اليوم، على تقدير أن السجناء لا تجوز معاملتهم بوصفهم أرقاء للدولة، تستعبدهم وتحطمهم بعذابها بعد صبه عليهم، آمنة من أن السلطة القضائية لا تقحم نفسها عادة فى أوضاع السجون وطرق إدارتها وكيفية تعاملها مع المودعين فيها Hands off doctrine، وأن العقوبة التى وقعتها السلطة القضائية فى شأن شخص معين أدين بالجريمة، تحمل معها قيودا تنال من الحرية الشخصية. وأن المذنبين بالتالى لا يملكون غير الحقوق التى تكلفها نظم السجون ولوائحها متوخية ضبط الأمن فيها حتى لا يتمرد المودعون بها، خاصة وأن من المفترض فى القائمين على إدارة السجون، توخيهم تحقيق الأغراض التى تستهدفها النظم العقابية. وهى أغراض يحبطها تدخل السلطة القضائية فى كيفية تنفيذها.

بيد أن وجهة النظر هذه، تفتقر اليوم إلى مؤيديها. ذلك أن السجون وإن كان لها احتياجاتها التى يقتضيها ضبط الأمن وضمان السيطرة على نزلائها؛ إلا أن احتياجاتها هذه

([1]) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) at 99.
([2]) See, Ropert F.Cushman, Cases in Constitutional Law, seventh edition.P.339.

يتعين موازنتها بحقوق هؤلاء، فلا يضارون فى أبدانهم أو عواطفهم تعديا عليهم مـــا فتئـوا مودعين بها([1]) ولئن جاز بالتالي استعمال القوة لإنهاء تمرد في السجون، إلا أن استخدام القوة الزائدة للسيطرة عليه، لا يعتبر مخالفا للدستور إلا إذا تم بســوء قصـد، وبطريقـة سـادية Maliciously and sadistically، ولو لم يكن الضرر الذي أصاب السجناء جسيما([2]).

وصار ثابتا بالتالى أن أوضاع السجون يتعين مراقبتها قضائيا، وأن كل قيود تضيفـها إلى العقوبة لتزيد من وطأتها؛ لا يجوز القبول بها؛ وأن للمذنبين حقوقا لا يجوز الإخلال بـها حتى أثناء سجنهم؛ وأن معاملتهم داخلها بصورة تعسفية، يشـملها مفـهوم العقوبـة القاسـية المحظورة دستوريا، خاصة إذا أعيقوا عن النفاذ إلى متطلباتهم الصحية، كإيداعهم عرايا فـى زنازينهم، وحرمانهم من الحصول على أدويتهم.

ولا يعنى ما تقدم أن تحل السلطة القضائية محل القـائمين علـى إدارة السـجون فـى أعمالهم، ولا أن تتدخل فى طريقة ضبطهم لها. وإنما تتحدد نقطة التوازن فيما جاوزوا فيـه المعايير المنطقية التى يقتضيها إشرافهم على السجون المعهود إليهم بإدارتها. وهو ما يتحقـق كلما عاملوا نزلاءها بما يتمحض عن إعناتهم أو ترويعهم أو الإضرار بهم، أو حتى التخلـى عن حمايتهم من عدوان رفقائهم عليهم. إذ لا يجوز أن يؤذيهم أحد أيا كان موقعه؛ ولا إرهاقهم بما لا طاقة لهم به؛ ولا إنكار حقوق عليهم تزيد من وطأة عقوبتهم.

وبوجه خاص، لا يجوز أن تهبط أوضاع السجناء إلي مـا دون الحـد الأدنـى مـن احتياجاتهم التي تتطلبها الضرورة لصون حياتهم مما يتلفها. ذلك إن الإخلال بأقل قـدر مـن الحقوق الجوهرية التى كفلها الدستور لهم، أسوأ أثرا من أن يظل شخص راجحة خطورتـه، مطلق السراح.

ويتعين القول بالتالى بأن الحقوق التى يجوز حرمان السجناء منها هى فقط تلـك التـى تقتضيها أغراض العقوبة المحكوم عليهم بها. فإن جاوز مقدار الحرمان نطاق هذه الأغراض؛ فإن القيود التى تفرضها السجون عليهم دون مقتض، تعتبر جزءا" من العقوبة مضافا إليـها، بما يصمها بمخالفة الدستور بالنظر إلى مجاوزاتها قدر العقوبة المحكوم بها عليهم، والتي يمثل استيفاءها حق مجتمعهم في اقتضائها.

([1]) Rhodes v. Chapman, 452 U.S.337, 345 (1981); Hutto v.Finney, 437 U.S. 685(1978).

([2]) Hudson v. McMillian, 112 S.Ct. 995, 1000 (1992).

وإذ كان من المسلم أن تأهيل المذنبين يقع فى نطاق الأغراض التـى تتوخاهـا النظـم العقابية، فإن كل إجراء يتخذه القائمون على إدارة السجون لحملهم الانصياع للقانون والتقيـد بأوامره ونواهيه، يعتبر خطوة حيوية فى اتجاه إعدادهم لحياة جديدة يعافون فيها الجريمة بعـد الإفراج عنهم، ويردون أنفسهم عنها.

ولا كذلك معاملتهم بما يناقض الدستور والقانون، إذ يثنيهم تحكم إدارة السـجن فيـهم، وتسلطها عليهم دون ما ضرورة، عن التعاون معها من أجل تأهيلهم للحيـاة الجديـدة التـى يأملونها.

بل إن معاملتهم فى السجون بما يناقض حكم الدستور والقانون، يعادل فى أثره فـرض عقوبة قاسية عليهم بغير مبرر. وبالتالى لا يكون لإيداعهم بها من مقتض.

ذلك أن القائمين على إدارة السجون، يفقدون الحق فى احتجاز المذنبين داخل أسـوارها، إذا حجبوا عنهم حقوقا يملكونها وفق الدستور والقانون، وكذلك إذا أساءوا معاملتهم من خـلال إهانتهم والإضرار بهم باسم القانون.

المطلب الرابع
صور من العقوبة القاسية

٦٤٨- والمفاهيم المتقدمة جميعها، مؤداها:

أولا : أن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشـمل كذلك كل عقوبة تفقد بصورة ظاهرة، تناسبها مع الجريمة محلها وذلك بالنظر إلـى عوامـل مختلفة يندرج تحتها طول مدتها أو شذوذها([1]).

([1]) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الامريكية في قضية:

Salem v.Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Cruel and unsuual punishments clause, prohibts not only barbaric punishments, but also sentences that are disproportianate to the crime committed.

انظر ايضا:

O' Neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 339-10(1892); Howard v. Fleming, 191U.S.126, 135-36(1903): Weems v.United States, 217 U.S. 349(1910).

وفي هذه القضية الأخيرة قضت المحكمة بأن ارتكاب شخص جريمة تزوير في سجل عام، لا يسوغ توقيـع عقوبة عنها مدتها السجن مع الأشغال الشاقة ١٥ عاما يقضيها المسجون مقيدا بالسلاسل الحديدية في قدميـه ومعصميه فضلا عن حرمانه من كافة حقوقه السياسية، وإخضاعه لمراقبة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة.

ثانيا: يتعين أن يؤخذ بمعايير موضوعية في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة، وهي معايير يندرج تحتها في الدول الفيدرالية:

١. درجة خطورة الجريمة ومبلغ اندفاع العقوبة.
٢. العقوبة التي وقعها القضاة علي مجرمين آخرين داخل حدود الولاية في شأن الجريمة ذاتها.
٣. العقوبة المقررة للجريمة عينها في الولايات الأخرى.

ثالثا : أن العقوبة القاسية شأنها شأن الغرامة المغالي فيها، كلاهما يتمحص غلوا ويبلور بالتالي سلطة منفلتة Unrestrained power. غير مقيدة بقيم العدل التي لا يجوز التخلي عنها.

رابعا : لا تجوز معاقبة شخص أدمن تعاطي الكحول. ذلك أن عقوبة علي هذا النحو تعتبر جزاء علي حالة مرضية تتصل به، وتحمله عضويا علي الإغراق في تناول الخمور Addiction to the use of drugs. وهي حالة لم تقترن بأفعال أتاها تشكل في مفهوم القوانين الجزائية سلوكا معاقبا عليه قانونا ولا يجوز بالتالي معاقبتهم جنائيا" على حالتهم هذه التي لم يصحبها إتيانهم أفعالا جرمها المشرع. وكل جزاء على حالة قائمة أيا كان سببها Mere slatus يعتبر قاسيا ، ولو كان لمدة قصيرة ([1]).

خامسا : لا شأن لمفهوم العقوبة المحظورة دستوريا، بالنظم المدنية. ذلك أن العقوبة القاسية التي حظرها الدستور تفترض:

١. تحديد صور وأنواع الجزاء التي يجوز توقيعها علي الجناة المدانين بارتكابهم لجريمة.

٢. حظر كل جزاء يختل -في إطار المفاهيم المعاصرة- تناسبه بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها.

٣. تقرير قيود موضوعية علي الأفعال التي يجوز تأثيمها وعقابها. وتلك جميعها ملامح تنفرد بها النظم الجنائية([2]).

([1]) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).
([2]) Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651. 667 (1977).

سادسا : لا يجوز لقاض أن يدخل في تقديره للعقوبة ما لم تطرح عليه، من عناصرها. كسخط الجماهير علي المتهم أو تعاطفها، وعمق غضبها من فعله أو تسامحها(١).

ولا كذلك الظروف التي تتعلق بشخص ضحية الجريمة، أو نوع الأضرار التي سببها لعائلته، كالصدمة العنيفة أو الآلام النفسية أو الخسارة الفادحة التي ألحقها بها. إذ يجوز أن يدخلها القاضي في اعتباره لتحديد مقدار العقوبة التي يوقعها(٢).

سابعا : ويمكن القول بوجه عام، أنه كلما كان الإجراء قاسيا بالنظر إلي الآثار المدمرة التي يرتبها، فإن موضوعية الإجراء، يكون أكثر أهمية إذا توخينا أن يكون إجراء معقولا" ومبررا بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر(٣).

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(1) California v.Brown, 479 U.S 538 (1987).
(2) Payne v.Tennessee, 510 U.S. 808 (1991)

وقد عدلت المحكمة على حكمها في القضية السابقة وذلك في قضيته.

Booth v.Maryland, 482 U.S. 496 (1987).

(3) Frank Iacoubucci, Judicial Review by the SupremeCourt of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in Human Rights and Judicial Review –A Com parative Perspective 1994, volume 34, p.120.

المبحث الرابع
المركز الخاص لعقوبة الإعدام

٦٤٩ - لا تعتبر عقوبة الإعدام عقوبة قاسية. ذلك أن كثيرا من النظم الجنائية لا تزال تطبقها، والقبول العام بها لا يمنعها([1]).

وهي تبلور الحق في القصاص في حكم الله تعالي. ولئن قال البعض بأن هذه العقوبة تنافي كرامة الإنسان، وإنها غير خلقية وتتسم بالمغالاة، وأن توقيعها يتعلق غالبا بالفقراء الذين لا يملكون الموارد الكافية التي يتهيأ لهم بها فرص الدفاع عن أنفسهم، بما يخل بشرط التكافؤ في المعاملة القانونية بين المعوزين والقادرين. فضلا عن أن تطبيقها يتم بنزق الاندفاع وبطريقة تحكمية، وإنها في كل الظروف تحقق هدفا مبررا([2]).

إلا أن أوجه النقد هذه لا تتصل بعقوبة الإعدام في ذاتها، وإنما بشروط تطبيقها. وهي شروط يتعين أن يحرص المشرع علي ضبطها بما ينفي التحكم في توقيعها، ويجعل فرضها مقصورا علي الجناة الذين يعمدون بأفعالهم إلي إزهاق أرواح الآخرين. ومن ثم تكون عقوبة الإعدام غير مخالفة في ذاتها Per se للدستور، ولكنها تكون كذلك إذا فرضها المشرع بطريقة آمرة لا يكون للقاضي معها ثمة خيار في توقيعها أو إبدالها بعقوبة أقل.

وكذلك تعتبر عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا لم يحط المشرع فرضها بضوابط تنفي التحكم في تطبيقها. وهو ما حمل المشرعون علي أن يكونوا أكثر حرصا في صياغتهم لضوابط هذه العقوبة وموازين إعمالها حتى لا تفرض بصورة آلية.

ومن ذلك أن يحدد المشرع الظروف المخففة والمشددة التي يتعين أن يدخلها القاضي في اعتباره قبل فرض العقوبة. وتظل لعقوبة الإعدام شرعيتها في الدول التي يتجه مواطنوها بوجه عام إلى القبول بها، وينظرون إليها بالتالي بوصفها جزاء ملائما وضروريا لا يناهض كرامة الإنسان ولا يحقرها. ولا يجوز بالتالي أن لجهة الرقابة علي الدستورية، تستعيض عن تقدير المواطنين ملاءمة هذه العقوبة وضرورتها، بتقديرها الخاص لاسيما. وأن الأصل في تلك العقوبة -شأنها في ذلك شأن كل جزاء جنائي- أن تحمل معها قرينة الصحة التي لا تسقطها -في مجال الرقابة علي الدستورية- غير براهين قوية علي مخالفتها للدستور.

---

(1) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

(2) See statments of justices Marshal, Brennan, Stewart and Douglas in the above referenced case.

وكلما قدر المشرع أن عقوبة الإعدام تحقق مفاهيم الردع المقصودة منها، فحسبه أن تكون تلك هي رؤياه في شأن أكثر الجرائم خطرا وأشدها قسوة.

بيد أن عقوبة الإعدام وإن لم تكن في ذاتها مخالفة للدستور إلا أن القواعد الإجرائية لشروط تطبيقها، هي التي توليها جهة الرقابة علي الدستورية اهتمامها توقيا للتحكم في إنزالها علي الجريمة، وحتى يوقعها القاضي في إطار موازين تشريعية منصفة يندرج تحتها طبيعة الجاني، ودرجة ميله إلى الإجرام، وخصائص الجريمة التي ارتكبها وظروفها.

فضلا عن إتاحة الطعن في الحكم الصادر بها. بل إن من النظم الجنائية ما يقرر مرحلتين في شأن عقوبة الإعدام: أولاهما: تلك التي تتعلق بقيام الجريمة في ذاتها من جهة إثباتها. وثانيتهما: مرحلة النطق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة من جهة توافر ظروفها المشددة أو المخففة أو تخلفها([1]).

ولا يجوز في هذا الإطار معاقبة قاتل بالإعدام لمجرد تصرفه أثناء القتل بطريقة غاضبة أو غير مبالية. ذلك أن القتلة جميعهم يبدون في هذه الصورة([2]).

ويتعين كذلك أن يدخل القاضي في اعتباره -وقبل توقيعه لعقوبة الإعدام- طبيعة الجاني وسجله الجنائي وأوضاع الجريمة التي ارتكبها، وكافة ظروفها المخففة حتى تلك التى لم ينص عليها المشرع، وذلك حتى يكون توقيعه لهذه العقوبة، أو لعقوبة أقل منها، منطقيا([3])، قائما على النظر فى الجريمة على ضوء كافة ظروفها والأوضاع التى تتصل بمرتكبها([4]).

٦٥٠- وتكون عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا فرضها المشرع في شأن جريمة غير خطيرة؛ أو كان فرضها، لا يسهم بصورة معقولة في تحقيق الأغراض التي يقوم التجريم

([1]) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 195, 198 (1976).
([2]) Godfrey v.Georgia, 446 U.S.420(1980)
([3]) Lockett v.Ohio, 438 U.S.586 (1978) at 604
([4]) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, (1976); Eddings v. Oklahoma , 455 U.S. 104, 110 (1982).

ويلاحظ أن الظروف المشددة للجريمة، يتعين أن ينص عليها المشرع، على خلاف الظروف المخففة التى يجوز أن يستخلصها القاضى من قرائن الأحوال بالنظر إلى طبيعتها الإنسانية وصلتها المباشرة بطبيعة مرتكب الجريمة وظروفه الخاصة . ولا كذلك الظروف المشددة، إذ هى عمل تشريعى يتوخى حصر الجناة الذين يستحقون عقوبة الإعدام . فإذا وقع الجانى فى الدائرة الضيقة للجناة الذين يستأهلون هذه العقوبة، فإن على القاضى بعدئذ أن ينظر فى سجل الجانى وكافة الظروف ذات الصلة بالجريمة التى ارتكبها.

عليها، بما يجعل توقيعها منطويا علي إحداث آلام لا مبرر لـــها، ومعانـــاة لا فـــائدة منـــها Purposeless and needless imposition of pain and suffering.

وتبطل هذه العقوبة كذلك إذا اختل تناسبها بصورة ظاهرة مع طبيعة الجريمة محلها.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا وقعها قاض علي جان لم يقتل بنفسه، ولم يشرع فـــي القتل، ولم يقصد قتل أحد.

ولا كذلك أن يكون الجاني قد أسهم في الجريمة بصورة فعلية، ولم يكن يعنيه كثيرا أن يسفر ارتكابها عن القتل، أو لا يكون القتل نتيجتها.

وقد يكون الجاني كامل الأهلية وقت ارتكابه الجريمة، وقت الفصل فيها والنطق بعقوبـة الإعدام عنها. فإذا صار مختل العقل في مرحلة لاحقة، فإن تنفيذه لهذه العقوبة يتمحض عـــن قسوة ظاهرة لا مبرر لها، خاصة وأن إعدام المجنون لا يحقق الأغـــراض التـــي تســـتهدفها القوانين الجنائية. وهو كذلك ينافي وثائق إعلان الحقوق([1]).

ولا كذلك المتخلفون عقليا، إذ يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام فيهم، ولو دل إحصـــاء علـــي منافاة هذا التنفيذ للقيم الإنسانية. إذ ليس للدلائل الإحصائية من أثر علي الضوابط الدســتورية، وخاصة وأن تنفيذ عقوبة الإعدام في شأن المتخلفين عقليا، وإن جاز اعتباره عقوبة قاســية إذا كان هؤلاء يفتقرون إلي الأهلية الكافية التي يقدرون بها خطأ أفعالهم، إلا أنهم يدخلـــون فـــي زمرة مختلفة عن الملتاثين عقلا، كلما قام الدليل علي أن ملكاتهم العقلية لم تمنعهم من مواجهة التهمة والعمل علي دحضها([2]).

وكل ما هو مطلوب في شأنهم هو تفريد العقوبة الخاصة بهم علي ضـــوء خصـــائص تكوينهم العقلي وظروفهم الشخصية، وأوضاع الجريمة التي قارفوها. ذلك أن تخلفهم عقليـــا، يعتبر ظرفا مخففا يتعين أن يؤخذ في الاعتبار، مثلهم في ذلك مثل الجنـــاة الذين تعرضوا في طفولتهم لاغتصابهم جنسيا أو لغير ذلك من مظاهر سوء استعمال السلطة الأبويـــة Abused Background. وكما يجوز إعدام المتخلفين عقليا، يجوز كذلك تطبيق العقوبة ذاتها بالنسبة إلى القصر الذين بلغوا السادسة عشرة أو السابعة عشرة([3]).

([1]) Ford v.Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).
([2]) Penry v.Lynaugh, 492 U.S. 302 ,335 (1980).
([3]) Stanford v.kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

٦٥١- ويظل المعيار الحاسم في مجال تحديد معقولية العقوبة، اجتهادا قضائيا، ومفترضا أوليا لضمان تدرجها وتناسبها مع الجريمة كلها. ودون ذلك حقائق العدل التي تعطيها المفاهيم المعاصرة أهمية كبيرة. ويتعين أن يكون واضحا" في الأذهان، إن شدة العقوبة لا تدل بالضرورة على قسوتها.

A severe punishment id not necessarily a cruel one.

ذلك أن نقلها قد يكون تقديرا منطقيا من المشرع لخطورة الجريمة.

٦٥٢- ولئن كان الأصل في القوانين بوجه عام، هو حملها علي افتراض موافقتها للدستور علي تقدير أن المشرع عادة يحدد بطريقة أفضل نطاق العقوبة الملائمة للجريمة؛ إلا أن هذا الافتراض يختل بصدد كل عقوبة لا تألفها الدول بوجه عام في شأن مقاييس التجريم محددة علي ضوء أعرافها وتقاليدها، لتجاوز العقوبة حدود الاعتدال، بقدر مصادمتها للقيم الخلقية لأوساط الناس علي ضوء النظرة التي يقدرون بها ما يعتبر حقا وملائما في شأن جريمة بذاتها في إطار كافة ظروفها([1]). ويتعين بالتالي أن يكون غلوها ظاهرا" بوجه عام بالنظر إلي خروجها علي الضوابط المنطقية التي ينبغي أن تحيط بها، فلا يتقبلها الضمير الاجتماعي([2]).

ومن المتصور أن يغلظ المشرع العقوبة في شأن جرائم لها من خطرها وسوء عواقبها ما يقتضي أخذ جناتها بالحزم لردعهم عن الإقدام عليها أو المضي فيها كجرائم القتل والسرقة باستعمال السلاح أو بالمواد المتفجرة، ومواقعة امرأة جبرا، واختطافها، وجرائم الدعارة. علي أن يكون مفهوما في كل حال أن قابلية العقوبة للعفو عنها، لا تحول دون النظر في قسوتها أو اعتدالها؛ وأن الغرامة المغالي فيها شأنها شأن العقوبة التي يجاوز مبلغها الحدود المنطقية، كلاهما يؤكد؛ وأن كل عقوبة تناقض بصورة واضحة الأغراض التي يستهدفها التجريم، تفتقر بالضرورة إلي مبرراتها؛ وأن المعاملة غير الإنسانية -كتلك التي تتعلق بالتحقيق مع المتهمين

---

(1) Weems v. United States (1910) 217 U.S. 349.

(٢) جرد أحد الجنود الذى كان قد هجر وحدته العسكرية ليوم واحد، وعاد إليها، باختياره، من صفته كمواطن. وقد تبين للمحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية أن عقوبة على هذا النحو من الغلظة، لا مثيل لها إلا في دولتين اثنتين فقط.

Trop. V, Dulles (1958) 356 U.S. 86.

وقد ذكر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية، أن تجريد المواطن من جنسيته يلحق به مصيرا أسوأ من الموت.

It can be seriously argued that loss of citzinship is a fate worse than death.

وهم واقفون أو محاطون بضوضاء صاخبة أو متصلة، أو محرومون من النوم والطعام مددا طويلة أو متقطعة- شأنها شأن العقوبة التي تفتقر إلي عناصر تناسبها مع الجريمة في مخالفتها للدستور.

ذلك أن هذه المعاملة وتلك العقوبة، لن تجر وراءها غير معاناة عقيمة في فائدتها تتلقى جوهرها -وبصورة فجة- موازين المنطق. وتخل كذلك بالقيم التي ألفها أوساط الناس واعتادوها في مظاهر سلوكهم([1]).

<u>وعلى ضوء ما تقدم، ينبغي أن نلاحظ:</u>

<u>أولا</u>: أن لكل شخص قيدت حريته على وجه أو آخر، حقا كاملا في النفاذ إلى القضاء ليحصل على كافة الحقوق التي يزيل بها القيود على حريته، بما في ذلك الاتصال بكافة الملفات والوثائق التي لها صلة بالحقوق ألتي يطلبها وفقا" للقانون وفق شروط منطقية تستخلص من كافة الأوضاع ذات الصلة.

<u>ثانيا</u>: أن حق السجين في النفاذ إلى المحاكم جميعها، يشمل على حقه في إبداء دفاعه، وتلقى كافة الوثائق المتصلة بالدعوى والرد عليها، وبمراعاة أن تقدير معقولية النفاذ إلى المحكمة، من مسائل الواقع التى نستخلصها من كافة الأوضاع ذات الصلة.

وقد لا تكون العقوبة التى يفرضها المشرع أو التى يوقعها القاضى، مخالفة فى ذاتها للدستور. وإنما تتأتى قسوتها، أو منافاتها لضوابط الاعتدال، من الكيفية التى يتم بها تنفيذها، خاصة من القائمين على السجون الذين يتعاملون بغلظة مفرطة مع المسجونين، ويصبون عليهم عذابا متعدد الألوان، متذرعين فى ذلك بأن للسجون نظمها التى لا يجوز أن تختل توقيا لتمرد السجناء أو عصيانهم. وهو اعتبار لا يسوغ إساءة معاملتهم، أو إهانتهم، أو تعذيبهم على نحو أو آخر. ذلك أن آدميتهم تسمو فوق كل اعتبار.

<u>ثالثا</u>: وكلما صدر عفو عن الجريمة، فإن الرجوع عن هذا العفو بغير الوسائل القانونية السليمة التى يندرج تحتها حق الدفاع، يناقض الدستور.

([1]) O` Neil v. Vermont 144 U.S. 339 - 40 (1892); See also European civil liberties and the European Convention on Human Rights, A comparative study, edited by C.A Gearty, 1997, pp.98-99.

وقد قضى بأن من المغالاة توقيع عقوبة الإعدام على من أغتصب امرأة، أو على شخص لم يقتل بنفسه، وأن الأصل فى عقوبة الإعدام أن تردع الذين صمموا على القتل، وعقدوا العزم عليه.

رابعا: لا يعتبر توقيع المحكمة لعقوبة ما على عدد من الملونين يزيد على عدد البيض الذين تشملهم المحكمة بهذه العقوبة ذاتها، تمييزا مخالفا للدستور.

ذلك أن العقوبة التي تقدرها المحكمة في شأن من تدينهم بالجريمة التي اتهموا بارتكابها -أيا كان لونهم- من المسائل التي تدخل في نطاق سلطتها التقديرية، ما لم يقم دليل على انحرافها -لا من الإحصاء- وإنما من خلال قرائن مادية تتضامم إلى بعضها، وترجح إساءتها استعمال سلطتها في تقدير العقوبة.

خامسا: ولئن جاز القول بأن اعتبار عقوبة شاذة أو قاسية من المسائل التي تثير جدلا عميقا حول ماهية هذه العقوبة أو كنهها؛ إلا أن ثمة صورا من العقوبة لا نزاع في حظرها، من بينها أن الحكم بإعدام شخص بالصدمة الكهربائية، وإن كان لا يعتبر عقوبة قاسية، شأنه في ذلك الإعدام شنقا أو رميا بالرصاص ولو بفرقة من الجنود A firing squad ؛ إلا أن تعريض الجاني لصدمة كهربائية ثانية بعد إخفاق الأولى في قتله لعطل ميكانيكي أصاب الأجهزة التي تحدثها، يعتبر عملا مخالفا للدستور بالتالي.

سادسا: وتعتبر كذلك عقوبة قاسية، كل عقوبة من شأنها التدمير الكامل لمركز الشخص في الجماعة المنظمة التي يعيش فيها. ويندرج تحتها تجريده من حقه كمواطن. بل إن هذه العقوبة تعتبر أكثر بدائية من تعذيبه، وأسوأ أثرا، إذ يصير بسببها عديم الجنسية. فضلا عن أن كل عقوبة لا يجوز القبول بها، إلا بشرط توافقها مع المعايير التي التزمتها الأمم المتحضرة لضمان إنسانيتها.

سابعا : إذا كان الشخص عاقلا وقت إتيان الجريمة، وظل كذلك، حتى صدور الحكم، فإن العقوبة المحكوم عليه بها، يتعين وقفها إذا فقد قواه العقلية أثناء تنفيذها. إذ لا يتصور أن يكون المجنون قادرا على فهم الأغراض التي يستهدفها الجزاء، ولا يجوز بالتالي تنفيذه بعد أن صار عديم التمييز، وإلا اعتبر الجزاء عملا انتقاميا.

يؤيد هذا النظر، أن المجتمع، وإن كان يعنيه ضمان مصالحه وقيمه وأهدافه؛ إلا أن مسئولية الفرد عن الإخلال بها، حدها إرادة اختيار الأفعال التي أتاها. فإذا فقد كل قدرة على التمييز قبل البدء في تنفيذ العقوبة أو أثناء هذا التنفيذ، فإن مفهوم القصاص كجزاء على الأفعال التي أتاها، يصير منتفيا.

ثامنا : وكلما ادعى محام أن موكله فقد قواه العقلية([1]). فان الوسائل القانونيــة الســليمة تقتضى ألا يعهد بالفصل فى هذا الشأن الخطير إلى جهة إدارية فى تكوينها، أيا كان موقعــها. وإنما يتعين أن يتولاه أخصائيون يثبتون فى نطاق علمهم، توافر عاهة العقل أو تخلفها. ولئــن جاز القول بأن المقصود بعاهة العقل فى هذا المقام، هى تلك التى يصير بها الشخص عديـــم التمييز؛ وأن المتخلفين عقليا Mentally retarded people، لا يعتبرون كذلك، على تقديـــر أن تضاؤل قدراتهم العقلية لا يعنى زوالها. إلا أن ما نراه صوابا، هو أن المتخلفين عقليا وقـــت ارتكابهم الجريمة، لا يملكون كامل إرادتهم، ولا يعتبر إعدامهم بسببها جزاء منطقيا. وكذلـــك الأمر إذا كان الشخص حدثا. إذ يكون ناقص الأهلية وقاصرا عن التقدير الصحيح والمتـوازن لحقيقة الأفعال التى ارتكبها.

تاسعا: وقد يؤخذ فى تحديد قسوة العقوبة ليس فقط من منظور جسامتها، وثقل وطأتــها، أو على ضوء تقييم المحاكم الوطنية لها؛ وإنما كذلك من خلال مقارنتها بالعقوبة المقررة عــن الجريمة عينها فى الدول الديموقراطية([2]).

عاشرا : وكلما كانت العقوبة المحكوم بها واقعة فى حدود الدســتور، فــإن نقضــها لا يجوز، ولو فرض القاضى فيما بعد عقوبة أشد على جريمة أقل خطورة من الجريمة الأولــى. ذلك أن بيد كل قاض وفقا" للدستور، أن يقدر في حدود منطقية، مبلغ العقوبة في الحدود التــي أذن المشرع بها، فلا يراقبه أحد في اختيار جزاء دون آخر كلما كان هذا الاختيـــار جــائزا تشريعيا، وكان كذلك غير قائم على التحكم. ذلك أن لكل جريمة ظروفها الخاصة ســواء مــا تعلق منها بشخص مرتكبها أو بالأوضاع التي لابستها([3]).

([1]) هذا وتنص المادة ٣٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفـــاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله طرأت بعد وقوع الجريمة، يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتـــى يعود إليه رشده.

([2]) Salem V. Helm 463 U.S. 277 (1983).

([3]) كان قد قضي في جريمة اختطاف ارتكبها جان بعقوبة أقل في جريمة تقل بالرغم من الثانية أســوأ مــن الأولي.

See: Williaims v.Oklahoma 358 U.S. 576 (1959); Coker v.Georgia 433 U.S.584 (1977).

المبحث الخامس

الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها

٦٥٣- يتعين الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة وبين التقدير القضائي لها ممثلا في مبلغها وفقا للقانون، والتقدير القضائي لها. ممثلا في تفريدها.

ذلك أن تفريد القاضي للعقوبة -وعلي حد قول المحكمة الدستورية العليا- لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية. بل هو جوهرها. إذ يتصل هذا التفريد بعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية جميعها. ولا يتصور بالتالي أن يكون إنزالها بنصها على الواقعة الإجرامية محل الاتهام، ملائما لكل أحوالها ومتغيراتها، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المتهمين لا يتماثلون في خصائص تكوينهم ولا في بيئتهم؛ ولا في قدر ثقافتهم أو تعليمهم؛ ولا في نطاق ذكائهم أو استقلالهم ؛ولا في نزعاتهم الإجرامية التي،لا تجمعها وحدة تترابط أجزاؤها. وإنما يتدرجون بين الاعتدال والإيغال في إجرامهم؛ بين وهن نزعتهم الإجرامية أو فحشها.

ولا يجوز بالتالي صبهم في نماذج جامدة لا يتحولون عنها؛ ولا اعتبارهم من قوالبها التي يصهرون فيها، فالمذنبون لا يتوافقون في خطورتهم ولا في ظروفهم.

ولا يجوز بالتالي، أن تتحد عقوباتهم، وكأنهم فرد واحد، بالميول العدوانية ذاتها، والخلفية الذهنية عينها.

فإذا وحد المشرع بينهم بافتراض توافقهم في ملكاتهم ونزعاتهم وتوجهاتهم، كان ذلك إيقاعا لجزاء في غير ضرورة، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض، وبما يجر على المتهمين -وهم مختلفون في كل شئ- ألوانا من المعاناة لا قبل لهم بها، بعد أن افترض المشرع أنهم نظراء بعضهم لبعض -سواء في نوع جريمتهم، أو دوافعها، أو خلفيتها، أو قدر التصميم عليها- بما يخل بشرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يتصور في غيبتها أن يكون للحق في الحياة، ولا للحق في الحرية، أية قيمة لها اعتبارها.

ثانيهما: أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية، مناطها أن يباشر القضاة سلطاتهم في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرا من جانبهم لها في الحدود المقررة قانونا.

فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها ،جبرا لآثار الجريمـــة مــن منظــور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها.

فإذا منعهم المشرع من وقف تنفيذ العقوبة التى فرضها –وأيا كانت دوافعه فى ذلــك– كان ذلك تدخلا فى سلطتهم فى تحديد مبلغها، ومفضيا إلى خطر اتصال الجناة بمذنبين آخرين ربما كانوا أفدح منهم إجراما.

وهو ما ينافى حقيقة أن تنفيذ العقوبة –وليس مجرد نوعها أو مدتها– هو الذى يحقــق الإيلام المقصود بها؛ وأن سلطة القضاة فى تفريد العقوبة –ويندرج تحتــها وقــف تنفيذهــا– لازمها أن يتهيأ للمحكوم عليهم بها، فرص إقالتهم من عثرتها إذا كان لهم من سنهم أو خلقهم أو ماضيهم أو طبيعة الجريمة التى ارتكبوها أو ظروفها، ما يرشح لعدم عودتهم مســتقبلا إلــى الإجرام.

فلا تكون هذه العناصر جميعها غير ضوابط يتحرونها ويقيمونها على دعائم من القرائن وعيون الأوراق، ليحدد كل قاض على ضوئها، عقوبة الجريمة سواء فى نوعها أو قدرها. فلا يبتدع عقوبة جديدة لا نص عليها. وإنما يتولى تقديرها بما لا يعطل سلطة وقف تنفيذهـــا، أو يبدلها بغيرها، وذلك استصحابا لأصـــل فـــى العقوبـــة، مـــؤداه تفريدهـــا لا تعميمـــها([1]). Individualization of punishment.

([1]) دستورية عليا – القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ – قاعدة رقــم ٣– ص ٦٧ وما بعدها من الجزء ٨ من أحكام المحكمة.

المبحث السادس

معايير وضوابط الجزاء الجنائي

٦٥٤- لئن كان الجزاء -جنائيا كان أم تأديبيا أو مدنيا- يفترض أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه؛ وكان جوهر العقوبة وأغراضها من أكثر المسائل التى احتدم الجدل حولـــها، إلا أن العقوبة تحكمها بوجه عام معايير أهمها:

١. أن العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، تبلور مفـهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، والتى لا يندرج تحتـــها ميـّل الجماعة أو حرصها على إرواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا وتكفيرا عما أتاه([1]). بل يتعين أن يكون هذا الجزاء تعبيرا منطقيا عن حدود الاعتدال، علي أن يكون مفهوما أن ضوابط الاعتدال تتسم بالمرونة، وتميل إلي الاتساع بقدر تطور الجماعـــة، وعلي ضوء نظرتها المتغيرة للحدود التي يعتبر الجزاء فيها إنسانيا يحفظ للنـــاس كرامتـــهم. وبوجه عام يعتبر الجزاء قاسيا كلما صدم توقعا معقولا لأوساط الناس، بأن أثار الاشـــمئزاز العام أو أن كان همجيا، أو حط من قدر الجناة بغير مبرر، أو كان منافيا المعايير التي يكـــون بها منصفا.

والطبيعة المتطورة لضوابط قسوة الجزاء الجنائي، هي التي أسس عليها رئيس القضـــاة Warren القول بأن معني العقوبة القاسية، يستنبط من المقاييس المتطورة لجماعـــة ملتزمـــة، تعبيرا منها عن نضجها ورقي حسها([2])

٢. أن ما يعتبر جزاء جنائيا فى النظم الجنائية، لا يجوز أن يقل مداه -فى عقل جـــان محتمل- عما يكون لازما لحمله على أن ينتهج طريقا سويا، لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها فى تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها. ذلـــك أن عقوبـــة الجريمة التى لا تربو وطأتها فى عقل المخاطبين بالنظم الجنائية، على مزايا ارتكابها، تحـض عليها وتسهل أمرها. ويتعين بالتالى أن يقدر المشرع مبلغ العقوبـــة علـــى ضـــوء خطـــورة الجريمة، أو درجة إجرام مرتكبها، أو هما معا.

([1]) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقـــم ٣- ص ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) Trop v.Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

٣. لا يجوز أن تكون العقوبة فى أثرها، أداة عاصفة بالحرية، تقمعها أو تقيدها بالمخالفة للقيم التى ارتضها الدول الديموقراطية فى مظاهر سلوكها على اختلافها. وهى قيم تظل فى ضوابطها المعاصرة، إطارا للنظم الجنائية جميعها. وإذ كان من المقرر أن الحرية فى كامل أبعادها لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها فى غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها وزنها، فقد تعين موازنة حقوق الجماعة ومصالحها الأساسية، بحقوق الفرد قبلها، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها([1]).

ولا يجوز بالتالي أن يكون الجزاء الجنائي -في أثره أو علي ضوء طرائق تنفيذه- منافيا للقيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة. وهو يكون كذلك إذا تمحص تعذيبا، أو انتهاكا فى غير ضرورة لحرمة البدن، أو إخلالا بالعرض([2])، أو إيلاما غير مبرر كجر الجناة في الطريق إلي مكان تنفيذ عقوبتهم، أو إغراقهم أو حرقهم أحياء أو تعقيمهم أو إذلالهم، أو تحطيمهم عقليا؛ أو وسمهم بالنار علي وجوههم أو أيديهم؛ أو تجريسهم، أو فصل أيديهم وآذانهم أو أعناقهم، أو نزع أظافرهم أو تقطيعهم إلي أجزاء أو إلي شرائح.

٤. لا يعتبر تغليظ عقوبة الجريمة الأخيرة في حالة العود Habitual offender laws مخالفا للدستور. إذ ينظر للجناة العائدين علي تقدير تأصل الإجرام فيهم، وأن انحرافهم صار عادة ألفوها ومنهجا متصلا ، وأن الأمل في تقويمهم ضئيل إلي حد كبير.

٥. إذا أنشأ المشرع جريمتين لحماية المصلحة الاجتماعية ذاتها، تعين أن يقرر لإحداهما عقوبة أشد من تلك التى يضعها للثانية، حتى إذا فاضل جان محتمل بين الجريمتين، اختار أقلهما إيلاما، انصرافا عن العقوبة الأكثر قسوة.

٦. يتعين ملاءمة العقوبة مع الجريمة التى تخصها فى كافة عناصرها وظروفها حتى يزنها بالقسط من يتجهون إلى ارتكابها. فلا يقدمون عليها أصلا، أو يرتكبونها بوسائل مختلفة، تمثل خطرا أقل على قيم الجماعة وثوابتها.

([1]) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣- ص ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ فبراير ١٩٦٦- قاعدة رقم ٢٢- ص ٣٩٣ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

٧. على المشرع أن يصمم العقوبة ليمنع الجاني من العودة إلى الجريمة، أو من إتيان غيرها خلال فترة من الزمن. وهو بذلك يؤمن الجماعة من مخاطر الإخلال بنظمها الجنائية، ويصون أفرادها كذلك من الانزلاق إلى جريمة لا يأمنون عواقبها، ولو توافرت لهم الفرص التي تغريهم بها.

٨. الأصل في العقوبة -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلاما غير مبرر، يؤكد قسوتها في غير ضرورة([1]) Unnecessary cruelty and pain .

ولئن صح القول بغموض المعايير القاطعة التي يتحدد على ضوئها مجافاة العقوبة لضوابط الاعتدال؛ إلا أن من المقرر -وعلى الأخص من ناحية تاريخية- أن كل عقوبة بربرية أو تعذيبية أو مهينة لفرد -ويندرج تحتها صلبه أو إحراقه أو غليه حيا، أو تحطيم عظامه أو تمزيق أطرافه أو سحق أصابعه، أو قتله بصورة بطيئة - لا يجوز القبول بها لمخالفتها الدستور. ذلك أن قيم العدل أو معطياتها وثوابتها، تفترض تناسبا بين العقوبة والجريمة

It is a precept of justice that punishment should be proportioned to the offence

وتعتبر العقوبة المتراخية في أجلها، والمرهقة في تنفيذها دون مقتض، مخالفة للدستور، وعلى الأخص كلما قام الدليل على انعدام تناسبها مع الجريمة.

٩. وامتناع الغلو في العقوبة، يفترض أن نكون بصدد جريمة حدد المشرع ركنيها وفقا للدستور والقانون. ولا كذلك أفعال يؤثمها المشرع بالمخالفة للدستور، إذ تسقط الجريمة بعقوبتها، ولو كان مبلغها تافها.

١٠. وكلما كان الجزاء واقعا في غير ضرورة؛ صار مخالفا للدستور. فالذين يهجرون الجيش، يتخلون عن أداء الخدمة العسكرية بغير نية العودة إليها. وذلك لأسباب مختلفة من بينها الفزع أو الهستريا أو عدم التوازن العاطفي. وهي بعد جريمة يرتكبها الجنود حتى في أماكن تدريبهم([2]). فإذا جردهم المشرع من جنسيتهم، كان ذلك أسوأ من تعذيبهم.

([1]) الحكم السابق- ص ٤٠٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

([2]) Trop v.Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

فضلا عن أن هذا التجريد يسقط كافة حقوقهم، ويعزلهم بصفة نهائية عـــن مجتمعـــهم، ويجعلهم هائمين علي وجوههم لا يعرفون لهم مستقرا"، ويعرضهم كذلك لمزيد من المعانـــاة ويعمق خوفهم. فلا يكون هذا التجريد غير مصير أسود تنبذه الدول الديموقراطية جميعها.

١١. لئن عارض البعض عقوبة الإعدام قولا منـــهم بأنـــها تتـــاقض كرامـــة الفـــرد؛ ومرفوضة خلقيا، ومغالى فيها Morally unacceptable and excessive؛ وأن الذين يتحملـــون عادة بها فقراء لا يملكون موارد كافية يردون بها هذه العقوبة عنهم، مـــن خـــلال توظيفـــهم محامين متميزين يدفعونها؛ وأنها بذلك عقوبة لا شأن لها بالأثرياء الذين يوكلون عنهم أفضـل المحامين وأكثرهم تفوقا؛ بما يخل -ضمنا- بشرط الحماية القانونية المتكافئة؛ وكان آخرون قد قرروا أن عقوبة الإعدام، قاسية فى ذاتها Per se وليس لها ما يبررهـــا. ولا يكفـــل توقيعـــها تحقيق غرض مشروع، وكثيرا ما تم تطبيقها بطريقة تحكمية، وعلى ضوء نزوة عابرة أحيانا Arbitrariness and Capriciousness؛ إلا أن هذه الآراء -وأيا كان قـــدر وجاهتـــها- تظـــل اجتهادا لأصحابها لا يناقض حقيقة أن هذه العقوبة لا تزال قائمة فى دول كثيرة تحيط توقيعها بكل ضمانة منطقية تقتضيها حقائق العدل، سواء كان الإعدام شنقا، أو تم رميا بالرصـــاص أو صعقا بالكهرباء، أو قتلا بالغاز الخانق([1]).

وهى عقوبة شرعتها الأديان جميعها، وفرضها الله تعالى فى نطاق الحق فى القصاص، وزجرا لهؤلاء الذين يقتلون النفس الواحدة بغير الحق، فكأنهم قتلوا الناس جميعا.

ولا يبقى بعد هذا غير النظر إلى عقوبة الإعدام من جهة شـــروط توقيعـــها، وأهمـــها ضرورة أن تؤخذ بقدر كبير من الحذر؛ وأن يكون توقيعها فى حـــدود ضيقـــة؛ وأن تحقـــق المحكمة فى الجريمة من جهة ظروفها والخصائص الشخصية لمرتكبـــها؛ وأن تدخـــل فـــى اعتبارها كافة العوامل التى ترشح لتخفيفها، ولو أغفل المشرع بيانها ،أو ســـها عـــن تحديـــد بعضها([2]).

١٢. ولا يعتبر جلد الزانى والزانية عقابا منافيا حدود الاعتدال، إذ هو مـــن حـــدود الله تعالى التى لا تقبل تعديلا.

([1]) Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); See also Furman v.Georgia- 408 U.S. 238 (1972)؛ Gregg v. Georgia, 428 U.S.153 (1976)

([2])عكس ذلك الظروف المشددة التى لا يجوز الأخذ بها إلا إذا نص عليها المشرع، وحددها حصرا، أو بينـها بطريقة واضحة لا تجهيل فيها.

See, David Fellman, The Defendant's Rights Today, 1976, pp.385-395.

١٣. كذلك لا يعتبر عقابا إبعاد الأجنبى عن غير بلده إذا أخل بتشريعاتها أو نظمها القانونية، وعلى الأخص كلما تم هذا الإبعاد لمجرد وقوع هذا الإخلال من وجهة نظر الدولة المضيفة. ومن ثم جاز لمواطنى الدول المعتبرة أطرافا فى الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، الطعن على قرارات إبعادهم الصادرة من الدول الأجنبية التى أقاموا بها، على أساس مخالفتها لحقوقهم الجوهرية التى تكفلها لهم هذه الاتفاقية.

١٤. ولا تعتبر العقوبة التى يفرضها المشرع على تعويق العدالة، مجافية للمنطق إذا جعلها واقعة بين حدين لا يزيد أقصاهما عما يعتبر جزاء مناسبا لهذه الجريمة، وإن وجب القول بأن عقوبة الغرامة التى يكون مبلغها كبيرا؛ وعلى الأخص إذا سجن من لم يوفها لسنين عديدة جزاء عدم دفعها- تعتبر مخالفة للدستور.

١٥. وعلى الجهة القضائية التى تباشر رقابتها على دستورية العقوبة، أن تتحقق أولا من اتصالها بأفعال يجوز تأثيمها وفقا للدستور.

فإن كانت هذه الأفعال كذلك، تعين عليها بعدئذ أن تنظر فى مضمون العقوبة وأثرها، لتحديد قسوتها أو اعتدالها.

فإذا بان لها وحشيتها، أو منافاتها من أوجه أخرى للقيم الإنسانية؛ كان عليها أن تسقط هذه العقوبة ومعها الجريمة التي تتصل بها.

٦٥٥- وليس فى دستور جمهورية مصر العربية نص يحظر الغلو فى العقوبة أو الإفراط فى كيفية تنفيذها؛ إلا أن أمرين ينبغي ملاحظتهما في هذا الشأن.

أولهما: أن الدساتير جميعها تولي اعتبارها ليس فقط للشرور القديمة، وإنما كذلك لما يجد مستقبلا منها.

ثانيهما: أن شرط اعتدال العقوبة متطور بطبيعته. وهو بذلك غير منحبس في مفاهيم جامدة. ذلك أن المعاني الجديدة التي تضيئها العدالة الإنسانية تعتبر من مكتسباته.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا -وفى مجال تفسيرها المتطور لنصوص الدستور، ونظرتها الواعية لضرورة تطويعها لروح العصر- أن مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدولة القانونية عليها، وتتقيد هى بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى التزمتها الدول الديموقراطية، واستقر أمرها على انتهاجها فى مظاهر سلوكها المختلفة؛ وأن

خضوعها للقانون –محددا مضمونا ونطاقا على ضوء مفهوم ديموقراطى– يقتضيها ألا تنزل بالحماية الدستورية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا التى تقوم بها متطلباتها التى تواتر العمل على القبول بها فى الدول الديموقراطية؛ ولا أن تفرض على تمتعهم بها، أو مباشرتهم لها، غير القيود التى ارتضتها هذه الدول، سواء تعلق الأمر بمضمون هذه القيود، أو بمداها.

ولا يجوز بالتالى أن تقوض الدولة القانونية، فرائض وجودها التي يندرج تحتها صون الحرية الشخصية التي اعتبرتها المادة ٤٨ من الدستور حقا طبيعيا. وهي حرية يتفرع عنها ولازمها، حظر تقرير عقوبة تفرضها الدولة "بتشريعاتها"، تكون مهينة فى ذاتها؛ أو ممعنة فى قسوتها؛ أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة؛ أو من شأنها معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها([1]) >>.

٦٥٦– على أن النظر المتقدم، وإن قام على اجتهاد من المحكمة الدستورية العليا، تخرج به العقوبة المغالى فى مبلغها أو وسيلة تنفيذها من نطاق الحماية الدستورية؛ إلا أن كثيرا من الدساتير تقرر ذلك بنصوص صريحة فيها. من بينها نص المادة ٢١ من دستور الدولة الفيدرالية الروسية([2]) La Federation de Russie التى تقضى فقرتها الأولى بأن كرامة الفرد تحميها الدولة، ولا يجوز خفضها على أية صورة.

وتحظر فقرتها الثانية إخضاع أى فرد لتدابير عنيفة أو تعذيبية، أو معاملته أو مجازاته بطريقة وحشية، أو محطة بالكرامة الإنسانية، أو إخضاعه –بغير رضاه– لتجربة طبية أو علمية أو غيرها.

ويبين كذلك من قراءة القانون الأساسى الألمانى –٢٣ مايو ١٩٤٩– أن كافة حقوق الفرد مرجعها إلى كرامته، وذلك بما تنص عليه مادته الأولى من أن كرامة الفرد لا يجوز الإخلال بها؛ وأن على كل سلطة فى الدول احترامها وحمايتها؛ وأن مفاد صونها أن يكون للناس جميعهم حقوق لا يجوز انتهاكها، ولا يرد تقادم عليها، باعتبارها أساس تكوين كل

([1]) يلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى العقوبة التى تفرضها الدول بتشريعاتها، حتى تستبعد من نطاقها العقوبات التى قررها القرآن الكريم والتى تجادل فى قسوتها الدول الغربية، كعقوبة قطع يد السارق.

([2]) ووفق على هذا الدستور فى استفتاء تم فى ١٩٩٣/١٢/١٢، ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٣/١٢/٢٥.

جماعة بشرية، ونقطة ارتكاز لتحقيق السلم والعدالة على امتداد الأقطار جميعها. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من دستور Andorra علي أن للناس جميعهم حقا في تكامل أبدانهم وقيمهم الخلقية، ولا يجوز تعذيبهم ولا عقابهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة أو غير إنسانية. وهو ما تقرر كذلك بالتعديل الثامن للدستور الأمريكي، وإن كان هذا الدستور قد نص علي أن العقوبة أو المعاملة المحظورة، هي التي يتوافر فيها وصفان هما قسوتها وشذوذها.

٦٥٧- ويفترض دوما في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة التي تتعلق بها، أن تكون الأفعال التي تدخل في تكوين الجريمة، جائزا" تأثيمها، وإلا تعين الحكم بسقوط الجريمة ومعها عقوبتها.

٦٥٨- ويبدو بالتالى محل نظر، قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات([1]). ذلك أن الدعائم التي قام عليها، ومع التسليم بصحة النتيجة التي دونتها المحكمة في منطوق حكمها، تتسم باضطرابها وبعدها عن التحليل المنطقي.

فقد كان يكفي لحمل هذا المنطوق، أن تقرر المحكمة أن الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة، لا يجوز دستوريا تأثيمها. بالنظر إلي تعلقها بالنوايا الغائرة في دخائل النفس، والتي لا صلة لها بالأفعال التي يجوز مؤاخذة الشخص علي ارتكابها. ذلك أن العلائق التي تؤثمها القوانين الجنائية، هي تلك التي تتمحض سلوكا خارجيا يتخذ مظهرا واقعيا. وهي بذلك تعبير عن إرادة إتيان الجريمة. ولا كذلك النوايا التي لا تبلور سلوكا ماديا خارجيا. وإنما تقوم الجريمة بأفعال لا تخطئها العين، وليس بالنوايا التي تنغلق النفس عليها؛ فلا يعرفها أو يضار بها أحد ما ظل كمونها في الصدور قائما([2]).

([1]) تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من قانون العقوبات بما يأتى:

يوجد اتفاق جنائى كلما اتحد شخصان أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما، أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها. ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء كان الغرض منه جائزا أم لا إذا كان ارتكاب الجنايات والجنح من الوسائل التى لوحظت فى الوصول إليه. وتنص فقرتها الثانية على أن كل من اشترك فى اتفاق جنائى سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنايات أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن، فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود منه، يعاقب المشترك فيه بالحبس. (انظر في عدم دستورية هذه المادة، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلستها المنعقدة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق "دستورية" ص ٩٨٦ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنه ١٦ قضائية "دستورية " -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٥٩- بيد أن المحكمة الدستورية العليا لا تقيم حكمها علي هذه الدعامة وحدها، لكنها تؤسس إبطالها لنص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، علي دعامتين آخريين أولاهما: غموض نص هذه المادة، وثانيتهما: أن العقوبة المقررة بها تفتقر إلي تناسبها مع الجريمة المنصوص عليها فيها.

والأمران كلاهما محل نظر. ذلك أن غموض النص العقابي وعدم معقولية العقوبة التي فرضها، يفترضان تعلق هذا النص بأفعال يجوز تأثيمها. ومن غير المتصور أن يكون التحضير للجريمة أو العزم عليها، محل مؤاخذة جنائية، إذا ظل هذا التحضير أو العزم في إطار النوايا التي تختلج النفس بها، فلا يبصرها أحد. إذ كان ذلك، وكان التجريم المقرر بنص المادة ٤٨ المشار إليها منصرفا إلى النوايا التي لا يجوز تأثيمها؛ فإن الخوض في غموض هذا النص، أو في انطوائه علي عقوبة جاوز بها المشرع حدود الاعتدال، يكون لغوا.
يؤيد هذا النظر.

أولا: ما قررته محكمة النقض من أن شرطى التنظيم والاستمرار - وهما شرطان تطلبتهما المحاكم المختلفة للحد من غلواء جريمة الاتفاق الجنائى المنصوص عليها فى المادة ٤٨ع - غير لازمين لوجود هذه الجريمة التى تتوافر أركانها بمجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر على إتيان جناية أو جنحة، ولو لم تتعين؛ أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لها، ولو لم تقع الجريمة محل الاتفاق الجنائي([1]). وقضاؤها بذلك يدل علي أن نص المادة ٤٨ع يتمحض فى بعض الصور، عقابا علي مجرد العزم علي الجريمة أو علي الأعمال التحضيرية لها، بالمخالفة لنص المادة ٤٥ع التي تقضي بأن الشروع في الجناية أو الجنحة، لا يتحقق بمجرد العزم علي ارتكابها ولا بالأعمال التحضيرية لها؛ ومن ثم تتعلق جريمة الاتفاق الجنائي في بعض صورها بالمرحلة السابقة علي الشروع في الجريمة، بما يقيمها في جوهر بنيانها علي مخالفة نصوص الدستور التي لا تأذن بالتجريم فيما وراء الأفعال التي يجوز أن يشكل المشرع منها مادة الجريمة.

ثالثا: إذ كان نص المادة ٤٨ع، يفيد أن مجرد الاتفاق بين شخصين على إتيان الجريمة والعزم عليها أو التحضير لها، يعتبر كافيا لتكوين مادتها، ولو لم يرق هذا التحضير إلى مرحلة الشروع فى ارتكابها؛ ولم يزد هذا العزم على مجرد النوايا التى يضمرها الجناة المحتملون فى أنفسهم، ولا يتخذون عملا ماديا للتعبير عنها؛ فإن نص المادة ٤٨ المشار إليها

([1]) الطعن رقم ١٩٨٨ لسنة ٣٤ قضائية -جلسة ١٩٦٥/٥/١٠- س١٦ ص٤٤١ لأنظر كذلك الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣ق -جلسة ١٩٣٣/١/٢٣.

يكون مقيدا الحرية الشخصية في غير ضرورة، ومجاوزا الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم.

ولا كذلك أن يكون التجريم محظورا دستوريا. إذ يختل بنيان الجريمة ذاتها أيا كان قدر عقوبتها. ومن ثم تسقط الجريمة لامتناع تأثيم الأفعال التى تكونها. ولا يكون ثمة وجه لإيقاع عقوبتها بعد زوال محلها؛ ولا للخوض فيما إذا كان مقدارها غلوا مجاوزا الاعتدال أو واقعا في حدود منطقية لا تحكم فيها

ثالثا : أن جريمة الاتفاق الجنائى –فى الحدود التى عينتها محكمة النقض إطارا لها– لا تجهيل فيها حتى يسوغ القول بأن الغموض يشوبها أو يحيط بها. وإنما تقوم هذه الجريمة على أركان فصلتها محكمة النقض التي تقوم من المحاكم جميعها بوظيفة تقعيد القواعد القانونية التي تلزمها بتطبيقها.

رابعا : إذ كان ما تقدم، فقد كان يكفى للحكم بعدم دستورية نص المادة ٤٨ع، أن تؤسس المحكمة الدستورية العليا قضاءها فى ذلك على دعامة وحيدة قوامها، أن الأفعال التى تكون مادة هذه الجريمة –في كثير من صور تطبيقها– لا يجوز تأثيمها. فذلك وحده هو المدخل المنطقي للحكم بعدم دستوريتها. وغير ذلك ليس إلا تزيداء وخلطا بين مفاهيم دستورية لكل منها مجال لتطبيقها مقصور عليها([1]).

([1]) انظر فى الأسباب التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات ، حكمها الصادر فى ٢ يونيه ٢٠٠١ فى القضية رقم ١١٤ لسنه ٢١ قضائية " دستورية ".

المبحث السابع
مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٦٦٠- تقرر المحكمة الدستورية العليا في ذلك ما يأتي:

١. أن النصوص القانونية وحدها -بعموميتها وانتفاء صفتها الشخصية- هي أداة التجريم وأنه كان للسلطة التشريعية أن تحدد لشروط التجريم إطارها العام على أن تتولى السلطة التنفيذية تفصيل بعض جوانبها، فليس ذلك مؤداه أن تكون سلطتها في ذلك مجالاً محجوزاً لها، إذ يظل دورها تابعا للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها ليس لها سند من قانون قائم([1]).

٢. إن الجزاء الجنائي لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها. وكلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائما ومبرراً؛ فإن فرض المحكمة لخياراتها، لتحل محل تقدير المشرع لنوع الجزاء أو مداه، يكون مخالفاً للدستور([2]).

٣. ينبغي أن يحول الجزاء الجنائي دون الولوغ في الإجرام؛ وأن يستلهم كذلك أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها؛ وأن يكون عقابهم عنها، كافلا تأهيلهم لحياة أفضل حتى تتهيأ للقواعد التي تدار العدالة الجنائية علي ضوئها، ما يراد لها من الفعالية، وما تتوخاه من تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وسلطة الاتهام. وهذه العوامل جميعها هي التي ينبغي أن يحيط بها الجزاء الجنائي، وأن يصاغ علي هديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره(٣) Single - valued approach.

٤. لا يدخل إزاء المتهم أو التحرش به في إطار السياسة الجنائية القويمة، التي تناهض الإخلال الخطير كل إخلال غير مفهوم بالحرية الشخصية(٤).

٥. ليس شرطاً لأعمال مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، أن يكون الجزاء الجنائي محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن النص العقابي تلك العناصر التي يكون معها الجزاء الجنائي قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي بما لا إفضاء فيه إلى التحكم([5]).

([1])و(٢)و(٣)و(٤) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -القاعدة رقم٤٧- ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. وذات المبادئ مرددة في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٠٠٠/٨/٥- قاعدة رقم ٨١- ص ٦٨٨ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([5]) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧- ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

٦. لا يكون الجزاء الجنائى مخالفاً للدستور، إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه؛ وطبيعة الجريمة التى تعلق بها. ذلك أن هذا الجزاء يعتبر عقابا واقعاً بالضرورة فى إطار اجتماعى؛ منطوياً غالبا من خلال قوة الردع على تقييد الحرية الشخصية؛ قائما على قيم ومصالح اجتماعية تبرره.

ويتعين بالتالى أن يكون جزاء الجريمة متدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها حتى لا يتمحض إعناتاً. ومن ثم لا يعتبر الجزاء موافقا للدستور إلا إذا استلهم ضرورة اجتماعية لا تناقض الأحكام التى تضمنها(١).

فإذا ارتبط عقلا بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجما عن الإخلال بها، كان موافقاً للدستور(٢).

٧. لا يعتبر الجزاء جنائياً فى غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التى جرمها المشرع من خلال عقوبة قرنها بإتيانها، أو بتركها(٣).

٨. تبلور العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، والتى لا يندرج تحتها حرص الجماعة على إرواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم نكالاً؛ وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً سوياً لا تكون الجريمة من منافذه، ولا يكون ارتكابها فى تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها.

وسواء أسهم هذا الجزاء فى تقويم من أصابهم؛ كان كافلاً ردع غيرهم؛ أو باعد بين الجناة والجماعة التى صاروا من أفرادها؛ أو كان كل ذلك جميعاً؛ فإن كثيرين من الفقهاء يفرقون بين نوعين من الردع:

---

(١) انظر فى ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤- ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢)و(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- قاعدة رقم ١٠٠- ص ١٣٢١ من الجزء ٨ من مجموعة أحكامها.

أحدهما: ردع عام: ويتمثل فى العقوبة التى يتدرج بها المشرع على ضوء خطورة الأفعال التى أثمها، ليحمل من خلال وطأة العقوبة وعبئها، جناة محتملين على الإعراض عن الجريمة وانتباذها.

وثانيهما: ردع خاص: يتحقق فى شأن جريمة نسبتها سلطة الاتهام بعد ارتكابها إلى شخص معين؛ لتحدد المحكمة نطاق مسئوليته عنها ،ولتقدر عقوبتها تفريداً لها عند الحكم بها، ضماناً لتناسبها مع الجريمة التى قارفها، وكرد فعل لها.

ومن ثم لا يتعلق هذا النوع من الردع باحتمال تحقق خطورة إجرامية، وإنما بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية.

ولا تعدو هذه الصورة من صور الردع أن تكون تعبيراً عن مفهوم الجزاء -من منظور اجتماعى- باعتباره عقابا منصفا قدره القاضى فى شأن جريمة بذاتها عرض عليه أمرها، فلا يحدد عقوبتها جزافا، وإنما من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة بمن ارتكبها، لتقابل حدود مسئوليته جنائيا عنها، وبقدرها، بما يؤكد معقوليتها([1]).

٩. تفريد القاضى للعقوبة يتصل بجوهر الوظيفة القضائية، ويتعلق بعوامل موضوعية مردها إلى الجماعة فى ذاتها، وبعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها. ولا يجوز بالتالى أن يقيد المشرع من نطاق هذه الوظيفة عن طريق التدخل فى مكوناتها، وإلا كان ذلك تحريفاً لها(٢).

١٠. مناط شرعية الجزاء -جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبياً- أن يكون متناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها. ذلك أن الأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها؛ نأيا بها عن أن تكون إيلاما غير مبرر، يؤكد قسوتها فى غير ضرورة. ولا يجوز بالتالى أن تناقض بمداها، أو بطرائق تنفيذها، القيم التى ارتضتها الأمم المتحضرة، مؤكدة بها ارتقاء حسها، تعبيراً عن نضجها على طريق تقدمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التى لا يصادم تطبيقها ما يراه أوساط الناس تقييما خلقياً واعياً لمختلف الظروف ذات الصلة بالجريمة([3]).

([1])و(٢) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([3]) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٧- ص ٢٥٢ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١١. كلما كان الجزاء الجنائى بغيضاً أو عاتيا، أو كان متصلا بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التى يكون معها متناسبا مع الجريمة، كان هذا الجزاء غير مبرر. ذلك أن السلطة التى يملكها المشرع فى مجال التجريم، حدها قواعد الدستور. فلا يؤثم أفعالاً فى غير ضرورة اجتماعية، ولا يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة([1]).

١٢. لا يجوز إعمال نصوص عقابية يسئ تطبيقها إلى مركزه المتهم؛ ولا تفسير هذه النصوص بما يخرجها عن معناها أو يهدر مقاصدها؛ ولا مد نطاق التجريم -وبطريق القياس- إلى أفعال لم يؤثمها المشرع -بل يتعين دوماً- وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير- أن يرجح القاضى من سببها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية فى إطار علاقة منطقية بين النصوص الجنائية وإرادة المشرع، سواء فى ذلك تلك التى أعلنها أو التى يمكن افتراضها عقلا([2]).

١٣. لا ينفصل تأثيم المشرع لأفعال بذواتها، عن عقوباتها التى يتعين أن يرتبط فرضها بمشروعيتها، وبضرورتها، وبامتناع رجعيتها كلما كان مضمونها أكثر قسوة، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع.

وتتعلق هذه الضوابط جميعها بكل جزاء يتمحض عقابا، ولو عهد المشرع بالنطق به إلى جهة غير قضائية(٣).

١٤. تكون العقوبة أرفق بالمتهم، إذا كانت فى محتواها Le contenue أو أوصافها Les modalites أو مبلغها Le quantum des peines أقل شدة من غيرها، وأهون أثراً بالنسبة إليه. ويقتضى اختيار العقوبة الأرفق لتوقيعها على المتهم، أن نقارن القوانين الجزائية التى تتزاحم على محل واحد ببعض؛ وأن نتحقق من اتفاقها جميعا مع الدستور؛ وتفاوتها فى عقوباتها فيما بينها. فإذا استقام فى الفهم أن القانون اللاحق أهون فى العقوبة التى فرضها من القانون القديم، تعين أن يخلى هذا القانون مكانه للقانون الجديد؛ وأن يطبق هذا القانون منذ

([1]) ص ٢٥٢ – الحكم السابق. وراجع كذلك فى هذا المعنى الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٩/١٥–قاعدة رقم ٥٧– ص ٨٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

([2])و(٣) "دستورية عليا" –القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"–جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢– قاعدة رقم ٢٧– جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

صدوره باعتباره أعون علي صون الحرية الشخصية. ذلك أن ضمان هذه الحرية لا يناقض حقوق الجماعة وضرورة التحوط لنظامها العام، إذ هما مصلحتان متوازيتان.

وما إنفاذ القانون الأصلح منذ صدوره غير توكيد للقيم التى أتى بها، والتى نقض بها القيم التى احتواها القانون القديم. وكلاهما تعبير عن الضرورة الاجتماعية التى استلهمها فى زمن معين. لا فارق بينهما إلا فى جزئية واحدة، هي أن القانون الجديد صار أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم، وأصون لحرياتهم. ذلك أن الحرية الشخصية وأن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ، إلا أن القانون الأرفق بالمتهم يحميها، سواء صدر هذا القانون منهيا تجريم أفعال أثمها قانون سابق، أم كان معدلاً من تكييفها، أو مغيراً" من بنيان بعض العناصر التى تقوم عليها، بما يمحو عقوبتها أو يخففها([1]).

١٥. مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، ضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضى أفعالا ينتقيها؛ ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره؛ ولا يبتدعها ولو كان الحق والعدل فى جانبها؛ ولا يقيس أفعالا مباحة علي أفعال جرمها المشرع. وصار التأثيم بالتالى-والعقوبة هى التى تفضى إليه- عملا يختص به المشرع، وبمراعاة أن سريان القوانين الجنائية لا يكون إلا مباشراً لا رجعيا.

ذلك أن القيم التى يصدر القانون الجنائى لحمايتها، لا تبلورها غير السلطة التشريعية التى انتخبها المواطنون لتمثيلهم. فلا تعبر عن إرادتهم إلا من خلال سلطة التقدير والتقرير التى تحدد على ضوئها الأفعال التى يجوز تأثيمها وعقوباتها لضمان مشروعيتها.

١٦. ضمان المشرع للحرية الشخصية، لا يفيد بالضرورة غل يده عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن صونها يفترض إمكان مباشرتها دون قيود جائزة تعطلها أو تحد منها؛ وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التى تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها([2]).

١٧. يكون الجزاء مطلوبا إذا جاوز الجاني الحدود التى يجوز التسامح فيها. ويتصاعد الجزاء كذلك علوا" علي ضوء درجة خطورة الأفعال التى جرمها المشرع ودرجة جسامتها In ascending order of severity. ويتعين أن يتحدد مداه دوما بقدر وطأة الجريمة وجسامتها،

([1]) ص ٤١٨ و٤١٩ من الحكم السابق.

([2]) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ قاعدة رقم ٣٢- ص ٥٠٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا يكون هينا فى جريمة خطيرة، ولا غليظا فيما دونها. وكلما فرض المشرع عين الجـــزاء على أفعال غشيها التنافر فيما بينها، سواء فى مضمونها أو عواقبها؛ كان مجاوزا بمداه حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، منتهيا إلى تساويها فيما بينها. فلا يزن المشرع -بالقسط- لكل فعــل منها جزاًء ملائماً، ولا يعطي كل جريمة ثوباً" يلتئم وبنيانها، وإنما يقيس أقل الأفعال خطــراً على أكثرها جسامة(١).

١٨. يصل الجزاء الجنائي المقيد للحرية -فى منتهاه- إلى الإيداع فى الســجون التــى صمم بناؤها كأماكن لا تتوخى غير حفظ المذنبين بها وكأنهم أشياء لا قيمة لها. فلا تكون لــهم حتى الحقوق التى تتطلبها ضرورياتهم فى الحياة أو احتياجاتهم الإنسانية حتــى فــى حدهــا الأدنى. ذلك أن القائمين على السجون لا يعملون من أجل إعادة تأهيلهم إلا فى نطاق محــدود. وهو ما يؤكده علم الإحصاء من استقصاء أعداد العائدين من المجرمين Recedivists -لا إلــى الجريمة ذاتها- بل إلى جريمة أفدح أثراً. ويزيد من خطورة الأمر، أن كثيراً من الجرائــم لا يتم الإبلاغ عنها. وحتى بعد تبليغها إلى المسئولين عن مكافحة الجريمة وتعقبها، فإن جناتــها أحيانا يظلون مجهولين؛ ولا تمتد إليهم يد العدالة. ولكنها قد تحيط بآخرين يــرون أن ســوء حظهم، وليس سوء سلوكهم، هو ما أوقعهم فى قبضتها.

١٩. كذلك يسخط بعض الجناة يسخطون علي مجتمعهم، ويثــأرون بالجريمــة التــى يرتكبونها، من تدنى أوضاعهم فيه، سواء بالنظر إلى بطالتهم، أو إلى انتمائــهم إلــى أقليـة مضطهدة؛ أو إلى معاملتهم على وجه يحط من كرامتهم. بل إن نظم العدالة الجنائية فى بلد ما، كثيراً ما تزيد من احتقار الجناة المحتملين Potential offenders للقيم الاجتماعية السائدة فيــها؛ وعلى الأخص لأنهم لا يستطيعون غالبا الحصول على محامين مقتدرين ممــا يدفعــهم إلــى الإقرار بذنوبهم، قبل أية محاكمة فعلية. وحتى فى الأحوال التى توفر الدولة لهم فيها محــامين تندبهم للدفاع عنهم؛ فإن هؤلاء لا يهتمون كثيراً بتحقيق العدالة والعمل من أجــل إرســائها. ولكنهم ينصرفون إلى شئون أخري تعنيهم بدرجة أكبر، ما لم يكن للقضية التى يندبــون لــها وقعها الخاص عند الجماهير، فلا تكون خلفيتها إلا مدخلاً لشهرتهم.

فضلا عن أن الجناة السابقين Ex-convicts يعاملون كمذنبين حتى بعد الإفراج عنــهم، ولو بذلوا جهداً عريضا وصادقا، لتوفيق أوضاعهم مع الجماعة، والتقيد بنظمها وقيمها. كذلـك يحشر الصغار الذين يرتكبون الجريمة للمرة الأولى، إلى جوار الأشقياء الذين أوغلــوا فــى

---

(١) "دستورية عليا" القضية رقم١٥٢ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ ، قاعدة رقــم ١٠٤- ص١٣٦٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا .

الجريمة، وألفوها كنمط لحياتهم. وقد يعهد القائمون على إدارة السجون –وبالنظر إلى قلتهم– بضبط نظامها، وعلى الأقل فى بعض جوانبه– إلى أكثر السجناء غِلْظَة، وأبغضهم إلى رفقائه. فلا يكون فرض الأمن داخلها إلا من خلال التضحية بحكم القانون وبالعدالة، ليخرج المودعون فى هذه السجون منها، أشد إجراماً وأكثر تمرداً على مجتمعهم.

وفى إطار هذه الأوضاع المقيتة، صار ينظر إلى قسوة العقوبة، ليس فقط على ضوء مبلغها عند الحكم بها. وإنما كذلك على ضوء كيفية تنفيذها التى كثيراً ما تزيد من أمراض العقوبة، وتحيلها عبئا فادحا على من أصابتهم بقيودها.

المبحث الثامن
القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة

٦٦١- لا يفترض فى النظم الجنائية أنها نظم خيالية تبلور قيما نظرية هائمة فى الفراغ. وإنما هى نظم واقعية تتطور مفاهيمها فى إطار الحرية المنظمة التى لا يجوز إهمال متطلباتها حتى فى أسوأ الجرائم وأفحشها The most heinous crimes.

ذلك أن هذه النظم تحدد -من خلال إجراءاتها وقواعدها الموضوعية- نطاق الحقوق التى تكفلها للمخاطبين بها، والتى توازن بها بين حق الجماعة فى ضمان مصالحها الجوهرية، وحقوق الجناة المحتملين أو المتهمين التى لا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها، والتى يتقيد بها الحق فى القصاص من العابثين بالنظم الجنائية، بما يكفل تحقيق الأغراض التى تستهدفها، وبما لا يخل بأية قاعدة قانونية يكون إنصافها مقتضيا تطبيقها، ولو لم ترد هذه القاعدة فى وثائق إعلان الحقوق.

ومن بين هذه القواعد، أن سريان النظم الجنائية فى شأن المخاطبين بها، يفترض فهمهم لحقيقتها. فإذا شابها غموض يجهل بأحكامها -وعلى الأخص فيما يتعلق ببنيان الجرائم التى أحدثتها- ناقض تطبيقها شرط الوسائل القانونية السليمة التى لا يجوز النظر إليها بوصفها وسائل جامدة مفاهيمها. ذلك أن هذا الوسائل متطورة بطبيعتها، متجددة روافدها، لأنها تبلور فى مجموعها ما تراه الجماعة حقا وإنصافا على ضوء قيمها فى لحظة زمنية بذاتها، ولأن السلطة التحكمية التى تفرض نفسها على رعاياها بما يضر بهم، تناقض بتصرفاتها حكم الدستور والقانون.

ولا شبهة في أن الحق في الحياة أو الحرية وكذلك حقوق الملكية، تمثل أهم القيم التي تمسها القوانين الجنائية. وجميعها مصالح يحميها الدستور ولا يجوز أن يخل بها اتهام جنائي ما لم يقترن الفصل فيه بالوسائل القانونية السليمة التي تفترض تحقيق دفاع المتهمين وسماع أقوالهم قبل إدانتهم بالجريمة([1]).ولا يجوز بوجه خاص حرمان شخص من مزايا كان يحصل من الدولة، لمجرد تعبيره عن آراء يؤمن بها. إذ يعتبر هذا الحرمان عقابا على مباشرته لحرية التعبير وللحق في الاجتماع بالمخالفة للدستور([2]).ويتعين بالتالي قبل الحرمان من هذه المزايا أن يتوافر لصاحبها فرص الدفاع التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة([3]).

([1]) Board of Regents v.Roth, 408 U.S. 564 (1972).
([2]) Perry v.Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).
([3]) Goldberg v.Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

Pre-Termination evidentiary hearing شأن الحرمان من هذه المزايا، شأن الحق في الحيـــاة وفي الحرية وفي الملكية إذا تهددها اتهام جنائي. ذلك أن هذا الاتهام يؤول إلـــي زوال هـــذه الحقوق كلها أو بعضها إذا ظل قائما بغير دفاع يقظ. ومن ثم يكون حق المتهم في نفي الاتهام ومواجهة الشهود الذين تقدمهم النيابة لإثباته وتفنيد أقوالهم، واقعا في إطار الوسائل القانونيـــة السلمية، بما في ذلك دفاع المتهم ببطلان القبض والتفتيش، ومباشرة أوجه الدفاع المختلفة عـن طريق محام مأجور من اختياره Due Process requires an opportunity to confront and cross-examine adverse witnesses.

ولا يجوز القول بأن حضور المحامي المأجور مع المتهم، يطيل أمد الدفاع أو يعقـــده. ذلك أن المحامي هو الأقدر علي تحديد النقاط المتنازع عليها، وترتيبها في صورة منطقيـــة، ومواجهتها قانونا، وحماية مصالح المتهم بالتالي في نفي التهمة بكل أجزائها، وعلى الأخـص عن طريق إسقاط الأدلة التى لا يجوز قبولها قانونا، أو التى أخفتها النيابة لتظهرها في اللحظة الأخيرة التي لا يكون المتهم قد تهيأ قبلها للرد عليها. ويتعين دوما أن يدار هذا الدفاع علـــي نحو يؤمن جديته، وأن يتم في إطار قواعد إجرائية منصفة لها مصداقيتـها (1).Fairness and .Relialilty

كذلك لا يجوز في أية حال أن تكون التكلفة المالية التي يقتضيها تحقيق دفاع المتـــهم، حائلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا عاملا مرجحا يعوق تطبيق هذا الشرط.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن دفع المتهم للتهمة، يفترض إخطاره بها، وأن يكون الدفـــاع ملائما علي ضوء طبيعة التهمة ودرجة تعقدها.

---

(1) Mathews v.Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

المبحث التاسع

تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والاجرائية

٦٦٢- القانون الجنائي الموضوعي والإجرائى، متكاملان في أثرهما علي الحق في الحياة وفي الحرية والملكية. ذلك أن أولهما يواجهها بالجزاء، وثانيهما بكيفية توقيعه. وإذا قيل بأن أولهما أكثر خطراً علي الحرية الشخصية لأنه يقيدها تقييداً مباشرا، إلا أن فرض عقوبة أو توقيعها في غير حدود القانون، لا يقل سوءاً عن الفصل في الاتهام الجنائي بغير دفاع، أو بصورة مختصرة، أو خلال مدة مسهبة فى طولها، أو في إطار محكمة لا تتوافر لها ضمانة الحيدة والاستقلال التي تعطي أحكامها دليل مصداقيتها، وتكفل قبول الجماهير لها.

وتظل للقيود التي يفرضها القانون الجنائي الموضوعي خطرها وأهميتها من النواحي الآتى بيانها:

أولاً: أن من بينها ما يتصل مباشرة بالشرعية الجنائية كتعلق القانون الجنائي بأفعال بذواتها نص عليها وحصرها، حتى لا تختلط دائرة التجريم بدائرة الإباحة، وهي الأصل؛ وكسريان القانون الجنائي علي الأفعال التي تقع بعد تاريخ العمل به، حتى لا يكون هذا القانون رجعياً في أثره، وكحظر فرض عقوبة بغير حكم قضائي Bills of Attainder، أو فرض عقوبة لا أصل لها في القانون، أو تقرير عقوبة فيما وراء حدود القانون.

ثانياً: قيود تتصل بضرورة ضمان حقوق المواطنين وحرياتهم التى كفلها الدستور، فلا يخل بها المشرع؛ كأن يفرض عقوبة على مباشرة الفرد لحرية التعبير أو للحق في الاجتماع أو لحرية العقيدة أو لبحوث علمية أجراها، أو لعمل من أعمال الإبداع قام به، أو لزواج مختلط دخل فيه Interracial marriage، أو للحق في تكوين أسرة، وحماية أفرادها ورعايتهم، أو للحصول علي كل معلومة نافعة، أو للاستمتاع بوجه عام بكافة المزايا التي تتولد عن سعي الإنسان الحر لبلوغ السعادة التي يرتجيها في إطار الحرية المنظمة. ولا يجوز أن يتخذ المشرع بالتالى -وفي إطار سلطته في فرض الجزاء الجنائي- من العقوبة ستاراً يقيد به مباشرة حقًا أو حرية كفلها الدستور([1]).

ثالثاً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا ينحصر في القواعد الإجرائية التي تكفل محاكمة المتهم بطريقة منصفة A guarantee of procedural fairness، وإنما لهذا الشرط مفهوم موضوعى كذلك. ذلك أن تطبيق المفهوم الإجرائى لهذا الشرط، يقصر عن مواجهة الأحوال

([1]) Jacobson v.Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905); Zucht v.King, 260 U.S. 174 (1922); Buck v.Bell, 274 U.S.200 (1927); Minnesota v.Probate Court ex rel Pearson, 309.U.S. 270 (1940)

التي تنال فيها القوانين الجنائية بطريقة تحكمية Arbitrary line-drawing ،من الحق في الحياة أو في الحرية أو في الملكية، أيا كان قدر إنصافها في تطبيقها إجرائيا علي المواطنين. ولا يجوز بالتالي وفق المفهوم الموضوعي لشرط الوسائل القانونية السليمة، أن تفرض القوانين الجنائية في غير ضرورة؛ ولا أن يتم تطبيقها بصورة انتقائية تخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين، ولا أن يشوبها غموض يجهل بمضمونها، فلا تتضمن إخطاراً كافيا بالأفعال التي نهتهم عنها([1]).

٦٦٣- تلك محاور ثلاثة للقيود التى يفرضها الدستور على القانون الجنائي الموضوعي بالنظر إلى خطورة الآثار التى يرتبها فى علاقته بالمخاطبين به.

ذلك أن العقوبة التى تفرضها القوانين الجنائية الموضوعية -وبالنظر إلى طبيعتها- تنال أصلا من حرية الفرد أو من ملكيته، وقد تجرده من الحق فى الحياة. يؤيد هذا النظر أن العقوبة تاريخيا كانت أداة اضطهاد وقهر، تسلط بها الطغاة لتحقيق مصالحهم التى لا شأن لها بالأغراض الاجتماعية للقوانين الجنائية؛ ولا بصون حقوق الأفراد وحرياتهم التى كفلها الدستور؛ ولا بضرورة الفصل بين حقوق الطغاة ومصالح مواطنيهم التى خلطها الطغاة بحقوقهم أو امتيازاتهم.

بيد أن إيمان الأمم المتحضرة بالحق فى الحياة، وبضرورة ضمان الحرية بما لا يرهقها فى غير مبرر، وبما لا يخل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، حملها على ضبط القوانين الجنائية -فى إطار نظم مدنية- بما لا يحور أهدافها أو يشوهها.

وكان طريقها إلى ذلك إبدال القوانين الجنائية التى تجهل بالأفعال التى تؤثمها، بقوانين تتوافر فيها خاصية اليقين بما يزيل الغموض فيها. وذلك بأن تصاغ بلغة صارمة قاطعة معانيها، حتى توفر للمخاطبين بها، إخطارا كافيا بمضمون الأفعال التى حظرتها.

ولم تعد الجريمة تحكمها نزوة المشرع، لا فى بيانه مضمون الأفعال التى تكونها، ولا فى تحديده لنوع أو لقدر عقوبتها.

وقد كان التطور فى هذا الاتجاه بطيئا فى أول الأمر، إلا أن تصاعده بصورة مطردة، دل على حيويته وضرورته، وعلى أن الصراع من أجل الحرية وضمان حقائق العدل، مديد ومرير فى آن واحد، وأن خطاً يتعين أن يرسم ليفصل بصورة حادة بين الأفعال التى يجوز تأثيمها فى إطار الضرورة الاجتماعية، وتلك التى يتمحض تجريمها عن إساءة استعمال السلطة.

([1]) Bolling v.Sharpe, 347 U.S.497 (1954).

وإجراء هذا التقسيم وإن كان ضرورة لا نزاع فيها ولا يحتاج فهمه إلى بيـــان؛ إلا أن الطريق إلى التمييز بين أفعال يجوز فرض عقوبة على إتيانها؛ وأفعال أخـــرى لا يجـوز أن يشملها هذا الجزاء، من الصعوبة بمكان، إذ يقوم على الموازنة بين مصلحتين قد تتعارضان.

أولاهما: حقوق الفرد قبل الجماعة، وثانيتهما: مصلحة الجماعة في مواجهة مواطنيها.

ولئن كان تحقيق هذا التوازن بين هذين النوعين من المصالح، وتحديد العوامـــل التـــي تؤثر فيه، من المسائل الإجرائية، إلا أن أثره على حرية الفرد يتصل بجوهر الحقـــوق التـــي يملكها. وهو ما حدا ببعض الدساتير إلى النص على ألا يحرم أحد من الحق في الحيـــاة، ولا من حريته أو ملكيته بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة، أو ينال من الوسائل القانونيـــة السليمة التي تعتبر في كل حال وعاء نظام للحقوق يبلور جوهر العدالة، و يستنهض القواعـــد الخلقية التي فرضتها تقاليد الجماعة وقيمها، الغائرة -حقا وصدقا- في أعماقـــها، إلـــى حـــد اعتبارها من القواعد الرئيسية التي تدل على تحضرها وارتقاء حسها(١).

ذلك أن الحرية التي يحميها الدستور، هي الحرية من كافة القيود المفرطة في التحكـــم، والتي لا ترتجى فائدة منها Substantial arbitrary impositions and purposeless restraints.

٦٦٤- وإذا كان ما تقدم هو الشأن في القانون الجنائي الموضوعي، فإن القانون الجنائي الاجرائي كثيراً ما يكون شديد الخطر بالنسبة الى مصير المتهم، وعلى الأخص مـــن جهـــة القواعد الاجرائية التي تتصل بأدلة الجريمة التي يجوز قبولها قانونا، والآلية التي يتـــم علـــى ضوئها إدارة العدالة الجنائية، والتي تؤثر درجة التكامل في اجراءاتها في مـــادة الخصومـــة الجنائية أو موضوعها. وليس مقبولا بالتالي ان يدان متهم بناء على واقعة لم تناقشها محكمـــة الموضوع او لم تطرح عليها. ذلك ان الوصول الى الحقيقة العارية أو المطلقة ليس مطلوبـــا، وانما هي الحقيقة في جوانبها التي يجوز عرضها اجرائيا على المحكمة، والتي بدونها يستحيل أن نطمئن الى اية نتيجة موثوق منها(٢).

The object of the search in a criminal trial, as it appears to day, is not for naked truth, but for that portion of the truth which the rules permit to be presented.

---

(1) Meyer v.Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v.Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928); Loving v.Virginia, 388 U.S.1,12 (1927); Poe v.Ullman, 367 U.S. 497 (1961); Skinner v.Oklahoma, ex rel. Williamson, 316, U.S. 535 (1942); Griswold v.Connecticut, 381 U.S.479 (1965).

(2) Bassiouni, Criminal law and its Processes (The law of public order, 1974, pp.313-320.

الفصل الثاني
قواعد الشرعية الجنائية

المبحث الأول
لا جريمة بغير قانون
No Crime without law Nullum Crimen Sine Lege

٦٦٥- ليس التجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يأتون كافة الأعمال التي يرونها كافلة لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي ترتبها. غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرهقها أو يعطلها. وكان على المشرع أن يتدخل ليحدد خطا واضحا بين الأعمال التي يؤذن لهم بالقيام بها، وتلك التي ينهاهم عنها([1]). وقد يفرض القانون المدني جزاء علي بعض الأعمال المخالفة لأحكامه، كتقرير بطلان بعض العقود بطلانا مطلقا أو نسبيا.

ويقترن الجزاء الجنائي بإتيان المخاطبين بالقوانين الجنائية لأفعال أثمها المشرع، ولكن الجناة قارفوها، فحق عليهم جزاؤها. ويتعين بالتالي أن يكون هذا الجزاء -وهو جزء من الجريمة التي أنشأها المشرع، فلا توجد بدونه- قائما علي ضرورة اجتماعية تبرره، يبلورها أصلا قانون بمعني الكلمة يصدر عن السلطة التشريعية.

بيد أن الدستور-خروجا علي هذا الأصل- قد يجيز التجريم -لا بقانون- وإنما في حدود القانون. ولا يعتبر هذا التفويض من قبيل اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين المشار إليها في المادة ١٤٤ من الدستور؛ ولا هو صورة من صور التفويض العام يتقيد بشروطه المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور؛ وإنما هو تفويض خاص يتعلق بأحوال بذواتها تعينها السلطة التشريعية التي تنزل للسلطة التنفيذية عن بعض مظاهر اختصاصها فى مجال التجريم، لتتولاها بنفسها فى الحدود التى بينتها السلطة التشريعية. وهو ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور التى تقضى بألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون([2]).

([1]) لا يدخل اللواط في إطار الحق في إنشاء علاقة حميمة. بل هو ليس بحق أصلا.

Bowers v.Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

كذلك ليس حق المرأة في إجهاض نفسها من الحقوق المطلقة الناشئة عن خصوصية تصرفاتها في جسدها

Roe v.Wade, 410 U.S. 113 (1973).

([2]) United States v.Eaton, 144 U.S. 677 (1892) "Only acts which the legislature has forbidden, with penalties for disobedience of command, are crimes".

وحتى لو أثم الدستور بعض الأفعال كجرائم الخيانة، وجرائم القرصنـــن فـــي أعـــالي البحار، والجرائم ضد قانون الأمم، والجرائم ضد العملة، وعلي الأخص ما تعلق بتزييفـها، إلا أن للسلطة التشريعية حرية خلق الجرائم وتقدير عقوباتها، بقدر ما يكون ذلك ملائما لتحقيـــق غرض عام([1]). ومن ذلك تجريم التآمر ضد مواطن لحرمانه من مباشرة حـــق، أو الانتفـــاع بامتياز يكفله الدستور أو القانون، وتجريم محاولة التخلص من دين الضريبة.

بيد أن الصعوبة الحقيقية، هي فى اتجاه بعض المحاكم إلى فرطحة النصوص القانونيـــة من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها. حال أن الأفعال جميعها لا ينظر إليها إلا بافتراض بقائها على أصل إباحتها. فلا تخرج من هـــذا الأصـــل إلا بنـــص صريح. فإن لم يصدر، فإنها تظل فى نطاق الحل أيا كان قـــدر إخلالـــها بالنظـــام العـــام أو فوضويتها أو إساءتها إلى التقاليد السائدة. ولا يجوز بالتالى وصفها بأنها جرائـــم مـــن نـــوع خاص. ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانونى، فلا يجوز افتراض وجودها، ولا خلقها من خلال التفسير القضائى، ولا تعيين أركانها بما يجهل بها. وصار أصلاً فى القانون الجنائى إلا جريمة بغير قانون أو فى حدوده

ويتصل بهذا الأصل ألا عقاب بغير جريمة، ولا جريمة بغـــير عقوبـــة، ولا رجعيـــة للقوانين الجنائية، ولا عقوبة بغير حكم قضائي.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم

أولاً

لا عقاب بغير جريمة

No punishment without law

Nulla Poena Sine Lege

٦٦٦- لا تنفصل العقوبة عن الجريمة، ذلك أن الجريمة لا توجد إلا فى إطار عمليـــة قانونية يرتبط بها تقدير الجزاء على ارتكابها.

وكما أن الجريمة لا ينشئها إلا قانون أو في حدوده؛ كذلك تتحدد عقوبتها بالطريقة ذاتها. وهما بذلك كل لا يتجزأ. فالتجريم يفترض إخراج أفعال بذواتها من دائرة الحل. ولكن مجـــرد إخراجها من هذه الدائرة، لا يكفي لإلحاقها بالمفاهيم المعاصرة للجريمة. وإنما تدخلها العقوبـــة -بما يتوافر لها من خاصية الردع- في زمرة الأفعال التي أثمها المشرع جنائيا.

([1]) United States v.Fox, 95 U.S. 670 (1978); United States v.Hall, 98 U.S. 343 (1879).

وهذه العقوبة هي التي يتمثلها الجناة المحتملون ويدركونها فيما يقدمون عليه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها. ويقدرون بالتالي على ضوئها مخاطر إتيان الجريمة، ومزايا التخلي عنها. ولا يتصور في النظم القانونية جميعها، أن تفرض عقوبة تافهة علي أفعال يراد زجر المواطنين عن ارتكابها؛ ولا أن يكون تطبيق العقوبة الملائمة -سواء في نوعها أو مقدارها- تنكيلا بمن تمسهم؛ ولا أن تفرض عقوبة سراً، فلا يعرفها غير من يصيبهم أذاها.

ثانياً

لا جريمة بغير عقوبة

No Grime without punishment
Nullum Crimen Sine Poena

٦٦٧- هذه القاعدة هي الوجه الآخر لسابقتها، وهما بالتالي معنيان متقابلان لا متصادمان. ولا يتصور بالتالى أن توجد قوانين جنائية بغير عقوباتها، وإلا اختلط أمرها بغيرها من القوانين. فلا تكون لها ذاتيتها. ويفترض ما تقدم، ألا يكون جزاء الجريمة، من طبيعة مدنية، وإلا صار القانون الصادر به مجرداً من خصائص القوانين الجنائية، فلا يلحق بها أو يأخذ حكمها.

ثالثاً

امتناع تقرير أثر رجعي للقوانين الجنائية

The Prohibition Against Ex Post Facto Laws

٦٦٨- وإذ كان قانون الجريمة، هو قانون للقيم الاجتماعية التى لا يجوز الإخلال بها؛ إلا أن الشرعية الدستورية تظل إطاراً لهذا القانون الذى ترتد جذوره إلى القانون الطبيعى، وكذلك إلى محصلة الخبرة الإنسانية فى شأن ما يعتبر -فى ركائزه الجوهرية- عدلا وإنصافاً.

وتوازن هذه الشرعية بين السلطة البوليسية التى تملكها الدولة فى مواجهة الخاضعين لها؛ وبين ضرورة حمايتهم فى مواجهة إساءة استعمال هذه السلطة خروجاً بها عن أهدافها، وعلى الأخص من ناحية قيم العدل التى يتعين أن تلتزمها، والتى يحرص المواطنون على ضمانها.

وهذه القيم التى يندرج تحتها خصائص النظام الاتهامى للعدالة الجنائية -وما يقترن به من حقوق- تشكل جزءاً من الوسائل القانونية السليمة التى لا يجوز الإخلال بها.

ذلك أن لكل جريمة عقابا. ومن شأن عقوبتها تقييد الحرية الشخصية أو إهدار الحق في الحياة أو في الملكية. وهي عقوبة لا يجوز فرضها علي أفعال تم ارتكابها قبل العمل بها Ex post facto Laws. وهذه القاعدة التي تقبلها الدول المعاصرة جميعها، ولا تثير جدلا في شأنها، لا مجال لتطبيقها في غير القوانين الجنائية، وأساسها أن كل عقوبة تفترض في المنذرين بها، إحاطتهم بماهيتها قبل سريانها. فإذا جرم المشرع فعلا كان مباحا وقت ارتكابه، أو فرض عقوبة أشد علي أفعال كانت عقوبتها أقل حين ارتكابها، فإن تقرير سريان القانون الجديد عليها، يعتبر مخالفا للدستور، ولو تخفى القانون الجديد في شكل مدني([1]).

ذلك أن رجعية القوانين الجنائية محظورة في الدساتير جميعها، حتي تلك المعمول بها في نطاق ولاية داخل تنظيم فيدرالي([2]). ولا يجوز بالتالي تأثيم فعل كان مباحا" وقت ارتكابه، ولا أن يوقع المشرع على فعل مؤثم عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يدان إنسان عن أفعال كانت مؤثمة حين قارفها، ثم ألغي المشرع تجريمها بأثر رجعي يرتد إلي اللحظة التي حظر فيها ارتكابها([3]).

ولا يجوز كذلك أن يعدل المشرع من بنيان جريمة كان قد حدد من قبل أركانها، ليضر بمركز شخص كان قد ارتكبها.

٦٦٩- <u>ولا يعتبر عقابا رجعيا في مفهوم القوانين الجنائية:</u>

١. حرمان الأشخاص الذين يجمعون بين أكثر من زوجة Polygamist من حق الاقتراع. إذ يتصل هذا الحرمان بالشروط التي يتعين أن يباشر حق الاقتراع في نطاقها([4]).

٢. صدور قانون يخول وزير شئون العمل إبعاد غير المواطنين الذين يرتكبون جرائم سابقة علي صدور هذا القانون. وكذلك كل قانون يلغى الإعانة الاجتماعية لكبار السن من غير المواطنين الذين تم طردهم بالنظر إلى انتمائهم إلى الحزب الشيوعي([5]).

([1]) Burgess v.Salmon, 97 U.S. 381 (1878)

([2]) Lindsey v. Washington 301 U.S. 397 (1937).

ويلاحظ أنه كان يظن أن قاعدة عدم الرجعية تنصرف إلي القوانين بوجه عام حتى ما كان منها مدنيا. ثم استقر القضاء علي قصر تطبيقها علي القواعد الجنائية Calder v.Bull, (3 U.S)3 Dall. 386 (1798) ولكن لا يجوز أن يعطي قانون جنائي، الصفة المدنية لتجويز سريانه بأثر رجعي.

([3]) Murphy v.Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

([4]) Mahler v.Eby, 264 U.S. 32 (1924).

([5]) Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

٣. تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ادعاء ارتكابه لجريمة نسبتها النيابة إليه. فإذا لـــم يكن مكانها قد تحدد أصلا، جاز أن يحدده المشرع بقانون لاحق([1]).

ولازم ما تقدم، أنه إذا صدر قانون ملغيا الأثر الرجعى لعقوبة فرضها قانون سابق، فإن من أتى الجريمة قبل إقرار القانون اللاحق، لا يجوز أن يدان عنـــها بمقتضـــى أحـــد هذيـــن القانونين.

وعلى القاضى-وكلما كان ذلك ممكنا- أن يحمل القوانين الجنائية رجعية الأثـــر-مـــن خلال تفسيرها- على التطبيق المباشر لأحكامها.

٦٧٠- ويقصد بالقوانين رجعية الأثر، ما يأتى:

أولاً: القوانين التى تفرض جزاء -مدنيا كان أم تأديبياً أم جنائياً- على أفعال لـــم يكـــن يقارنها جزاء من هذا النوع حين إتيانها. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدولة القانونية عليها، وتتقيد هى بها، إنما يتحدد على ضـــوء مستوياتها التى التزمتها الدول الديموقراطية فى مجتمعاتها، واضطرد العمل عليها فى مظـــاهر سلوكها المختلفة وأنه مما ينافى مفهوم الدولة القانونية، أن يقرر المشرع سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعى، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها، تشكل ذنبا إدارياً مؤاخـــذا عليـــه بها([2]).

ثانياً: تعتبر مخالفة للدستور، يمين الولاء Loyalty Oaths التى يتخذهـــا المشـــرع أداة لحرمان الأشخاص الذين ينكلون عن حلفها، من الحق فى العمل العام -أو مـــن غـــيره مـــن الحقوق التي يكون الدستور قد كفلها- إذا كان ما توخاه بهذه اليمين، عقابهم عن أنماط ســـابقة من سلوكهم المشروع([3]).

([1]) Cook v. United States, 138 U.S. 157 (1891).

([2]) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ١٤-جلسة ٤ ينـــاير ١٩٩٢- ص ٩٥ و٩٦ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

([3]) ويلاحظ أن يمين الولاء في ذاتها، غير مخالفة للدستور بالنظر إلي ضرورتها لضمان الأداء الأقوم للعمـــل العام. ويفترض ذلك أن تصاغ اليمين الدستورية في حدود ضيقة، ذلك أن اتساع دلالتها يبطلها.

انظر في ذلك:

Gramp v.Board of Public Instruction, 368 U.S.278 (1961).

Grenade v.Board of Supervisors of Elections, 341 U.S. 56 (1951); Garner v..Board of Public Workes, 341 U.S. 716 (1951); Adler v.Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

ثالثاً: كذلك يعتبر فرض عقوبة على الممولين الذين يتخلفون قبل سريانها، عن إيفاء ضريبة سابقة، إعمالاً لهذه العقوبة بأثر رجعى؛ شأنها فى ذلك شأن قوانين العفو التى يقرر المشرع إلغاءها منذ العمل بها.

رابعاً: ويعتبر القانون رجعى الأثر، إذا غلظ العقوبة المقررة للجريمة بعد ارتكابها، وقرر سريان العقوبة الأشد عليها.

وكذلك إذا كان للعقوبة التى فرضها المشرع للجريمة، حد أدني، ثم جعل قانون لاحق، حدها الأقصى جزاء وجوبيا لها.

وإذا كان الجزاء على الجريمة هو السجن المؤبد أو الإعدام، ثم أبدل المشرع هذا الخيار بعقوبة واحدة هى الإعدام، فإن هذا القانون يكون رجعى الأثر فيما يتعلق بالجرائم التى تم ارتكابها قبل هذا التعديل.

وإذا قرر المشرع أثناء تنفيذ عقوبة الجريمة، جزاء إضافيا لها، كالإيداع فى زنزانة انفرادية حتى اكتمال القصاص من مرتكبها، فإن هذا القانون يكون رجعياً فى أثره ومخالفا للدستور. وهو ما يتحقق كذلك بإحلال عقوبة السجن المنفرد بدلا من السجن البسيط، وتطبيقها علي من أدانتهم المحكمة، بالعقوبة الثانية. ولا كذلك نقل المسجون من سجن إلي سجن آخر ولو كان أقل ملاءمة بصورة جوهرية من الأول. إذ ليس للسجين حق البقاء في الأماكن التي أودع أولا فيها، ولو كان هذا النقل جزاء أفعال أثارها المسجون، وصارعقابا بالتالى([1]).

ولا يعتبر رجعى الأثر، تغليظ العقوبة فى شأن مجرمين سابقين بعد إصرارهم على الإجرام، إذ يعتبرون عائدين، ويستحقون بالتالى العقوبة الأغلظ عن الجريمة الأخيرة التى ارتكبوها، دون جرائمهم السابقة التى تظل عقوباتها على حالها بلا تغيير([2]).

ومع ذلك إذا كان القانون الصادر بتغليظ العقوبة على المجرمين العائدين، لم يعمل به إلا بعد إتيان الجرائم السابقة جميعها، فإن عقوبة الجريمة الأخيرة التى أتاها جان قبل نفاذ هذا القانون، لا تزيد.

([1]) Meachun v.Fano, 427 U.S. 215 (1976).
([2]) Gryger v. Burke, 334 U.S. 728 (1948).

خامساً: والرجعية فى الصور المتقدمة جميعها، ترتبط بالقانون الأسوأ بالنسبة إلى مركز المخاطبين بالنظم الجنائية. فإذا كان القانون أهون أثراً؛ أو كان يعدل طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام من الشنق إلى الصعق بالكهرباء، فإنه لا يعتبر مخالفاً للدستور([1]).

سادساً: وإذا أدخل المشرع بأثر رجعى، تعديلاً على القواعد القانونية التى قررها فى شأن الجريمة من جهة إثباتها، بما يجعل التدليل على صحة إسنادها إلى المتهم بارتكابها، أيسر على سلطة الاتهام من الشروط السابقة التى كان معمولاً بها قبل تعديل شرائط قبول أو وزن الدليل، فإن هذا القانون يكون محظوراً.

ولا يعنى ذلك أن كل تغيير فى القواعد الإجرائية فيما بين الجريمة والفصل فيها، يعتبر مشوباً بعدم الدستورية. ذلك أن بطلان هذا التغيير يتحدد على ضوء ما إذا كان من أثره الإضرار بصورة جوهرية أو خطيرة بمركز المتهم. ولا يجوز بالتالى إنقاص عدد المحلفين؛ أو الاكتفاء بموافقة أغلبيتهم، بدلا من اشتراط إجماعهم على قرار يدينون به المتهم. إذ يفترض فى هاتين الصورتين أن دلائل أقل تكفى لإقناع عدد أقل من المحلفين، وتعتبر محظورة بالتالى. بما مؤداه أن ما يقبل أولا يقبل من التغيير فى القواعد الإجرائية، أمر يتصل بدرجة التغيير أو مداه The distinction is one of degree.

فكلما كان التغيير منتهيا إلى الإضرار الخطير بمركز المتهم -كالإخلال بحقوق الدفاع التى يفترض أنه يملكها- كان هذا التغيير غير مشروع([2]). ومن ذلك أن يصير إثبات براءته بعد إجراء هذا التغيير، أكثر صعوبة([3]).

والتغيير فى الأوضاع الإجرائية عن طريق إحلال محكمة محل المحلفين فى الفصل فى الاتهام الجنائى، يعتبر معيبا؛ وإن كان العكس يوافق الدستور.

وقضى بأن إلغاء الطعن استئنافيا فى الحكم الصادر من محكمة أول درجة -وبأثر رجعى- لا مخالفة فيه للدستور. وهو ما أراه محل نظر، إذ لا يجوز بعد بدء ميعاد الطعن، إلغاء طريقه.

([1]) Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180 (1915).
([2]) Beazell v. Ohio, 269 U.S. 167, 170, 171 (1925).
([3]) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867).

سابعاً: وكلما كان مضمون القانون منطوياً على تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي، فـإن هذا القانون–ولو أفرغ في صورة القوانين المدنية– يعامل باعتباره قانوناً جزائياً. بما مؤداه أن مضمون القانون، وليس الصورة التي اتخذها، هي التي تحدد ما إذا كان محتواه عقابيـا أم لا.

وتجريد مواطن من جنسيته، يعتبر عقابا لا يجوز أن يؤسس على واقعـة سـابقة لـم يجرمها المشرع قبل هذا التجريد.

ثامناً: وفيما يتعلق بالضريبة التي يفرضها المشرع بأثر رجعي، ويقرر جـزاءً جنائيـا على عدم أدائها، فإن من المقرر قانونا أن مراجعة السلطة التشريعية لقوانين ضريبية سـابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وإن كان يدخل في اختصاص هذه السلطة حتى توفر للدولـة الموارد التي تحتاجها للنهوض بمرافقها؛ وكانت الضريبة في بواعثها مما يسـتقل المشـرع بتقديره؛ إلا أن الضريبة رجعية الأثر –في مضمونها وجزائها– تكون مخالفة للدسـتور، إذا أجراها المشرع على أعمال قانونية اكتمل تكوينها ونفاذها قبل صدور قانون الضريبة الجديدة؛ وكان المكلفون بأداء هذه الضريبة، لا يتوقعونها –في مجموعهم– بالنظر إلـى طبيعتـها أو مبلغها؛ أو كان يتعذر عليهم عقلاً توقعها أثناء تعاملهم في أموالهم في إطار الضريبة القديمة، ونقلهم ملكيتها إلى آخرين على ضوء أحكامها.

ذلك أن سريان الضريبة الجديدة عليهم في شأن صور التعامل هذه، النافذة أثناء سـريان الضريبة القديمة، يصادم توقعهم المشروع لنطاق تطبيقها([1])، ويعتبراً بالتـالي جـزاء غـير مبرر.

تاسعاً: وقاعدة رجعية القوانين، وما يرد عليها من قيود من جهة جوازها أو حظرهـا، وإن كان لا شأن لها بالمبادئ التي تضعها السلطة القضائية من خلال اجتهاداتها إلا أن تطبيقها لاجتهاداتها هذه بأثر رجعي في شأن أفعال تم ارتكابها قبلها، وبما يؤثـر أو يضـر بحقـوق المتهمين بإتيانها، يظل محظوراً.

([1]) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" –جلسة ٢ يناير ١٩٩٣– قاعدة رقم ١٢– ص ١٢١ ومـا بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

رابعاً

لا عقوبة بغير حكم قضائي

The prohibition Against Bills of Attainder

٦٧١- قد يصدر قانون خاص في شأن أشخاص بذواتهم، أو في شأن أفراد طبقة يستطاع تعيينها ليفرض عليهم عقوبة الإعدام في شأن جرائم جسيمة -كجريمة الخيانة- ينسبها المشرع إليهم، ويفترض ثبوتها في حقهم، ويقرر بالتالي عقابهم بغير حكم قضائي يصدر وفق النمط المعتاد لسير الإجراءات القضائية. فلا يكون عقابهم تشريعيا موافقا للدستور. وقد يقرر المشرع عقابهم عن جرائم أقل بغير عقوبة الإعدام، بناء على الأدلة التي يتوصل هو إليها، ولو كان القبول بها غير جائز.

وهو في الحالتين ينتحل سلطة قضائية لا يملكها، وإنما يقوم عليها طغياناً واستبداداً، ويستقل في مباشرتها بمحض تقديره لقيام الجريمة التي يدعيها، موجها في ذلك بالضرورة السياسية التي يتصورها، أو بعامل السرعة والحسم، ومدفوعا" أيضا بمخاوفه غير المبررة، وبشكوكه التي لا أساس لها([1]).

ومن ثم تكون عقوبة الإعدام هي الجزاء المقرر أصلا" بذلك القانون. وقد تكون العقوبة المنصوص عليها فيه، أقل من الإعدام، كأن يصادر أموال الناس أو أراضيهم أو بضاعتهم أو يجردهم من بعض حقوقهم المدنية أو السياسية، أو من امتيازاتهم. فلا يكون إلا قانوناً يفرض آلاما أو صوراً من الجزاء Bills of pains and penalties يؤثر بها في حياة الأفراد أو حرياتهم، أو في ممتلكاتهم، في كل ذلك جميعا.

ويتعين تفسير هذا الحظر علي ضوء مقاصد الدستور التي ينافيها أن يكون الفصل في الاتهام الجنائي، بيد المشرع بالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية. فلا ينتحل المشرع لنفسه شيئاً من خصائص الوظيفة القضائية، ولا يقر قوانين أيا كان شكلها أو الصورة التي تفرغ فيها إذا تناول بها أفراداً معينين بذواتهم، أو ينتمون إلي طبقة بذاتها يسهل تعيين من يدخلون فيها، ليعاقبهم بغير محاكمة([2]).

([1]) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946); United States v.Brown, 381 U.S. 437 (1965); Cummings v.Missouri, 71 U.S.(4 Wall) 277 (1867);See also, 3 .

([2]) J.Story, Commentaries on the Constitution of the United States (Bigelow ed.1891), 1344.

وليس بشرط لبطلان هذه القوانين، أن يكون الجزاء المقرر بها من طبيعة عقابية أو تقويمية Punitive or retributive أو قائما علي القصاص، وإنما يكفي أن يكون وقائيا Preventive. وإنما يتعين أن تتغيا تلك القوانين في كل أحوالها، إيقاع عقاب مباشر بغير حكم قضائي([1]).

Bills of attainder are legislative enactments that undertake to inflict direct punishment without judicial determination or trail.

٦٧٢- ويشترط بالتالى حتى تكون هذه القوانين مخالفة للدستور، أن تصدر فى شأن أشخاص معينين، أو فى شأن أفراد طبقة بذاتها An ascertainable class، يسهل تحديد المنتمين إليها، وأن تورد بياناً بالأفعال التى نسبتها إليهم، والتى تقتضى تقريعهم، وأن تقرر مسئوليتهم عنها، وأن تدينهم تشريعياً بسببها، وتعاقبهم بالعقوبة المنصوص عليها فيها.

ومن ثم تتميز هذه القوانين بتعيينها لطبقة بذاتها، أو لأشخاص معينين تخصهم بعقابها؛ وبأن مخالفتها للدستور تتحدد على ضوء أثرها؛ ولا شأن لها بالأشكال التى تفرغ فيها. إذ لو جاز القول بأن أشكالها هذه تمحو شرورها، لكان من السهل إفراغها فى صورة تخفى مساوئها؛ بما يناقض حقيقة أن القوانين لا تتحدد مفاهيمها وأغراضها إلا على ضوء مضمونها ومقاصدها التي لايجوز خلطها بالوظيفة القضائية التي تستقل أهدافها عن الوظيفة التشريعية.

واستقلال السلطة التشريعية عن القضائية مؤداه ألا تحل أولاهما فيما تقره من القوانين محل ثانيتهما في مجال تطبيقها علي نزاع معين مطروح عليها. وهو ما يتحقق حين تدين السلطة التشريعية بنفسها أشخاصاً بذواتهم عن أفعال تدمغهم بها وتعاقبهم عنها، بغير محاكمة منصفة تتوافر لها ضماناتها. بل إنها تقدر نوع عقوبتهم ومبلغها بقرار منفرد منها، على ضوء ما تؤمن به من أفكار فى شأن خطورة الأفعال التى نسبتها إليهم.

وقديما كانت القوانين العقابية توجه إلي أشخاص بذواتهم لا يدينون بالولاء للتاج، وكانت عقوباتهم تتردد بين السجن والنفي، ومصادرة الملكية كجزاء. ثم تطورت القوانين العقابية لتشمل أشخاصا يمنعهم المشرع من تقلد أعمال بعينها، بعد أن وصمهم بعدم الولاء في أدائها. كأن يحرم المشرع بعض الأشخاص الذين تمردوا علي السلطة، من مباشرة بعض المهن التي حددها، أو يمنعهم من تولي أعمال بذاتها -كالعضوية النقابية- إذا كانوا أعضاء في تكوين

([1]) Ex parte v. Garland, 4 Wall (71 U.S.) 333 (1867).

حزبي يناهض السلطة. ولا كذلك أن تكون للقوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، آثار تضـو ببعض المخاطبين بها، أو أن يكون تعيبيها قائما علي انتقائها بديلا دون آخر[1].

٦٧٣- وهذه القوانين ذاتها، هى التى حظرها دستور جمهورية مصر العربية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ التي تمنع توقيع عقوبة بغير حكم قضـائى[2]، حتـى لا تخـرج السلطة التشريعية عن حدود ولايتها، بإقرارها لقوانين تؤول -فى أثرها- إلى محاكمـة عـن طريق المشرع A trial by legislature.

ولئن دل العمل على أن معظم القوانين التى تفرض بنفسها عقاباً بغير حكـم قضـائى، تكون رجعية الأثر؛ إلا أن تقرير رجعيتها ليس بشرط لوصمها بمخالفة الدستور.

ذلك أن أخطر ما يميز هذه القوانين، هو أنها تعين بنفسها الجريمة أو المؤاخـذة التـى تنسبها إلى الأشخاص المقصودين بها، أو إلى الطبقة التى ينتمون إليها، بوصفها ذنبا تدينهم به من خلال العقوبة التى حددتها؛ سواء تعلق ذنبهم بجريمة سابقة محددة أركانهاA pre- existing crime، أو بجريمة ابتدعتها هذه القوانين عن طريق إحداثها أفعالاً لم تكن حين إتيانها معاقبـا عليها An act made punishable ex post facto.

ويظل واجبا التمييز بين القوانين التى تفرض عقابا بغير حكم قضائى؛ وبين القوانيـن التى تفصل شروط امتهان حرفة، أو مباشرة عمل أو أعمال بذواتـها يدخـل تنظيمـها فـى اختصاص السلطة التشريعية بناء على نص فى الدستور.

ذلك أن تقرير الحق فى الحرفة أو المهنة؛ أو فى مباشرة غيرهما من الأعمـال علـى ضوء شروط موضوعية يحددها المشرع سلفا، ولو كان من بينها شرط حسن السيرة، لا يعتبر عقابا بغير حكم قضائى؛ ولا عقاباً رجعى الأثر، طالمـا أن المخـاطبين بـهذه القوانيـن لا يؤاخذون عن سابق سلوكهم إلا باعتباره متصلا بالأعمال التى يريدون مباشرتها، واقعاً فـى نطاق تقييم متطلباتها Fitness، وداخلاً فى إطار الصورة المنطقية لتنظيمها.

---

(1) Nixon v.Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978); Nixon V.Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).

(2) وردت ثلاث جمل فى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية أولاهمـا خاصـة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونصها: لا جريمة ولا عقوبة على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القـانون. وتنصرف ثانيتهما إلى تقرير عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي Bill of attainder. وثالثتـهما إلى عدم جواز تقرير عقوبة بأثر رجعي Ex post facto laws وذلك بنصها على "لا عقاب إلا بنـاء على قانون".

وعلى ضوء ما تقدم، لا تكون الشروط الموضوعية للتعيين فى الوظيفة الحكومية، عقاباً بغير حكم قضائى.

فإذا لم يكن للشروط التى وضعها المشرع لامتهان أعمال بذواتها، من صلة بأهدافها؛ ولا تتوخى بالتالى اختيار أفضل المتقدمين لشغلها، وأجدرهم بتوليها؛ فإنها تتمحض عقابا بغير حكم قضائى لإنكارها عليهم الحق فى العمل بغير مسوغ.

ومن وجهة نظر تقليدية، يفترض فى حرمان الأفراد من حقوقهم، أنهم لا يستحقونها بما يجردهم منها. فإذا كان الغرض من قانون الحرمان، إنزال عقوبة عليهم، كان هذا القانون مخالفاً للدستور.

ولا كذلك مطلق الإضرار التى تصيبهم. إذ يتعين دوماً لاعتبار القانون منصرفاً إلى معاقبتهم؛ أن يكون متوخياً إنزال جزاء بهم؛ لا تمييز فى ذلك بين قانون يحرمهم من بعض المزايا التى تخصهم؛ وبين قانون يجردهم من حقوق يملكونها. ذلك أن تباين قانونين فى نوع الجزاء، لا ينال من وجوده.

يؤيد هذا النظر، أن ما تتوخاه الدساتير من حظر توقيع عقوبة بغير حكم قضائى، ألا ينزل المشرع بشخص أو بأشخاص عينهم، عقابا من نوع ما، بعد أن أدانهم عن أفعال سابقة وصمهم بها، ولو كان هذا الجزاء منصرفا إلى التجريد من بعض الحقوق، أو من بعض الفرص التى كانوا يتمتعون بها كأعضاء فى مجتمعهم(١).

ويدخل فى هذا الإطار -وعلى ما سبق القول- يمين الولاء التى يقتضيها المشرع من المتقدمين لوظيفة بذاتها أو للقيام بعمل ما. إذ لا شأن لهذه اليمين بالشروط الموضوعية التى يحدد المشرع على ضوئها، أفضل المتزاحمين على الوظيفة أو المهنة، للحصول عليها. وهى شروط لها أهميتها وضرورتها لاتصالها بصلاحية أداء بعض الأعمال، والقدرة على النهوض بها فى إطار مستوياتها التى تقتضيها طبيعتها، وضوابط ممارستها، وخصائص تصنيفها.

---

(١) وافق المندوبون فى مؤتمر الاستقلال الأمريكى بالإجماع على شرط عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائى إزاء ما شهدوه من الجزاءات التشريعية التى أسرف فيها البرلمان الإنجليزى والتى طبقتها المستعمرات الأمريكية بدرجات متفاوتة. وقد ظلت هذه الجزاءات قائمة فى حدود ضيقة فى بعض الولايات الأمريكية فى السنوات التى تلت مباشرة إقرار الدستور الأمريكى الاتحادى، ومن بينها ولاية كنتا كى التى قضت إحدى محاكمها ببطلان المصادرة التشريعية لبعض الأراضى، ولو علقها المشرع على قيام المخاطبين بالقانون بإجراء أو امتناع فى المستقبل.

ومن ثم لا تتمحض هذه الشروط عقابا، إذ هي شروط يتعـــذر تجنبـــها Unavoidable disqualification تحيط بالمهنة أو بالوظيفة المراد شغلها، وبالأوضاع الأفضل لحسن القيـــام عليها، سواء كان العمل داخلا في نطاق مهنة المحاماة أم التدريس أم كان وعظاً دينياً.

ويتهكم بعض المعلقين على يمين الولاء التي يحلفها هؤلاء قبل مباشرتهم العمل، قـائلين بأنها فضلا عن كونها عقابا، فإن من يحلفونها قد ينقضونها بعد أدائها مـــن خـــلال ســلوكهم وتصرفهم بما يخالفها.

ويعتبر جزاء بغير حكم قضائي، أن يقرر قانون إبعاد مواطنين أو نفيهم بـــالنظر إلـــى لونهم أو عرقهم. وكذلك عزلهم سياسياً أو تعقيمهم لجرائم سابقة ارتكبوها حتى لا ينجبون، أو حرمان أشخاص عينهم المشرع بذواتهم، من مرتباتهم أو من وظائفهم في الحكومة على وجـه التأبيد، أو إسناد جريمة إليهم بعد وصفهم بأنهم مناوئون للسلطة عازمون على قلبـــها، وذلـــك سواء كان حرمانهم من هذه الحقوق، قد تقرر بنصوص قانونية صريحة ومباشـــرة؛ أم كـــان الحرمان قد تحقق بطريق غير مباشر، وكأثر لنص قانوني[1].

إذ يظل الحرمان في هاتين الصورتين عقابا تشريعياً يهدد أفراداً بذواتهم في الحق فـــي الحياة، وفي الحرية وفي الملكية، التي لا يجوز تجريد أحد منها عن غير طريق المحاكم التـــي تم تكوينها وفقاً للدستور[2].

٦٧٤- وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد نطاق حظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، علـــى ضوء الأغراض التي يستهدفها المشرع من تدخله.

فكلما قصد المشرع أن ينال من شخص أو أشخاص بذواتهم؛ وأن يصيبهم في حقوقهم، أو في المزايا التي يتمتعون بها بناء على نشاطهم السابق؛ صار عقابا بغير حكم.

فإذا لم يكن لتدخله من شأن بذلك، بل كان تنظيما في إطار شروط منطقية، للأوضـــاع التي يتعين أن يباشر العمل في نطاقها؛ فإن هذا التنظيم لا يكون عقابا، ولو أضر في بعـــض جوانبه بآخرين.

---

[1] Cummings v. Missouri, 71 U.S (4 wall) 277 (1867); Ex parte Gerald, 71 U.S. (4 Wall) 333 (1867).

(ويلاحظ أن هاتين القضيتين فصل فيهما في ذات اليوم)

[2] United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

وكان منطقياً بالتالى، حظر تكوين خلايا مسلحة على الإطلاق، أو حظر تشكيلها ما لم تكن من الميليشيا التى يأذن الدستور بها.

وكذلك حظر مباشرة جمعية أو نقابة أو منظمة لأعمال بذواتها تناقض أهدافها حتى لا تنخرط فيها. إذ لا يتمحض هذا الحظر فى صوره المتقدم بيانها، عن معاقبة أشخاص عينهم المشرع بأسمائهم، أو أمكن تشخيصهم من خلال تحديد أنماط تصرفاتهم السابقة التى يؤاخذهم عنها.

وكلما كانت الجمعية، أو المنظمة، أو النقابة، تباشر نشاطها بتوجيه من بعض الدول الأجنبية التى تتسلط عليها؛ فإن فرض قيود على حركتها، كإلزامها -واعتباراً من تاريخ فرض هذا القيد- بالإعلان عن حقيقة أغراضها -وقوفاً عليها- لا يكون عقاباً([1]).

ولو صادر المشرع المعاش المستحق للعاملين فى الدولة، بالنظر إلى تمسكهم بحق فى الدستور، كالحق فى ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم The privilege against self- incrimination أو كان المشرع قد حرم شخصاً من المزايا التى تغلها وثيقة تأمين دخل فيها، وسدد أقساطها على امتداد عقدين من الزمان، فان مصادرة الحق فى المعاش أو الحق فى المزايا التأمينية، يكون عقاباً([2]).

وفى مجال تحديد ما إذا كان تدخل المشرع يعتبر عقابا، أو ليس كذلك؛ فإن صور الجزاء ما كان منها تقويميا، أو وقائيا، أو منطويا على الردع؛ تدخل جميعها فى مفهوم العقوبة التى لا يجوز توقيعها بغير حكم قضائى. وفى ذلك تقول المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية([3]). Historical considerations by no means compel restriction of the bill of attainder ban to instances of retribution

٦٧٥- وفى مصر كانت المادة (٤) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة والسلام الاجتماعى، تنص على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من تسبب فى إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

([1]) Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board 367 U.S. 1 (1961).
([2]) Flemming v. Nestor 363 U.S. 603 (1960).
([3]) United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965).

كما تنص المادة (٥٩) من هذا القانون على أن يسرى الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة على:

* من حكم بإدانته من محكمة الثورة فى الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

* من حكم بإدانتهم فى جريمة تتعلق بالحريات الشخصية للمواطنين، أو بإيذائهم بدنيا أو معنوياً، أو بالعدوان على حياتهم الخاصة.

* من حكم بإدانتهم فى جرائم الإخلال بالوحدة الوطنية وبالسلام الاجتماعى.

* من حكم بإدانتهم فى إحدى الجرائم المنصوص عليها فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات، وذلك كله ما لم يكن المحكوم عليه قد رد إليه اعتباره.

وقد طعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة (٥) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى، فيما نص عليه من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية بالنسبة إلى كل من أدين فى الجناية رقم١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا -في القضية رقم ٤٩ لسنة٦ قضائية "دستورية" التى أقامها المدعى ناعياً على هذا البند مخالفته للدستور-إلى أن النص المطعون فيه -وبوصفه منطويا على عقوبة جنائية تم فرضها عن أفعال سابقة على صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه- يعتبر مخالفا لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية المنصوص عليها فى المادتين ٦٦ و١٨٧ من الدستور.

وما قررته المحكمة الدستورية العليا فى حكمها المتقدم، محل نظر من جهة الأسباب التي قام عليها([1]). ذلك أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨، واجه أفعالاً سابقة على صدوره، جرد أشخاصاً بذواتهم عينهم تفصيلاً، من الحقوق السياسية المنصوص عليها في الدستور؛ وقصد إلى عقابهم من خلال حرمانهم من الحقوق التي جردهم منها، حتى لا يباشرونها؛ وكان هذا الحرمان جزاء على أفعال سبق إدانتهم عنها، فلا يكون إلا عقابا بغير

([1]) الأمر المثير للدهشة أن هذا الحكم لم ينشر فى الجزء الخاص به، وهو الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حكم قضائى Bill of Attain. وهو ما لا يجوز على ضوء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦من الدستور، التى لا يشترط لتطبيقها أن يكون الحرمان من بعض الحقوق التى كفلها الدستور، من طبيعة جنائية.

وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن نص البند أ من المادة (٥) من قانون حماية الجبهة الداخلية، يعد منطويا على عقوبة جنائية، مردود:

أولاً: بأن الحرمان من الحقوق السياسية المقرر بمقتضى هذا البند، ليس بعقوبة جنائية أصلية. وهو كذلك لا يندرج فى إطار العقوبة التبعية التى لا يجوز توقيعها إلا بعد الحكم بعقوبة أصلية، وترتيبا عليها.

ثانياً: أن ما تقضى به المادة ٦٦ من الدستور، من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم، لا يتعلق بالعقوبة الجنائية بمعنى الكلمة، إذ لو كان منصرفا إليها، لصار نص المادة ٦٧ من الدستور لغوا. ذلك أن هذه المادة الأخيرة، نص خاص بالمحاكمة المنصفة فى شأن الاتهام الجنائى. وحكمها مؤداه، أن براءة المتهم –وهى الأصل– لا تزول إلا بحكم قضائى يكون باتاً. وهى بذلك تفترض أن يدان عن التهمة الجنائية، وأن يكون الحكم القضائي أداة إيقاع هذه العقوبة.

ويتعين بالتالى أن يؤخذ نص المادة ٦٦ من الدستور، لا باعتباره متعلقا بالعقوبة الجنائية التى تستغرقها المادة ٦٧ من هذا الدستور، وإنما على تقدير انصرافها إلى النصوص القانونية التى تقرر حرمان أشخاص معينين بذواتهم من بعض الحقوق، بحكم مسئوليتهم عن أعمال سابقة أدانتهم عنها هذه النصوص. فلا يكون ذلك إلا تدخلا تشريعيا –لا بعقوبة جنائية

بمعنى الكلمة-.وإنما بعقوبة تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها هى الحرمان مـــن حقــوق بعينها عينتها نصوص قانونية. ويتعين بالتالى دمغها بالبطلان لمخالفتها نص المادة ٦٦ مـــن الدستور (1).

---

(1) ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور من عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائى، هو مـــا اصطلـــح على تسميته فى الدول الغربية بوثيقة الحرمان Bill of attainder، وهى وثيقة عرفها قاموس Black's Law dictionary فى ص ١٢٧ من طبعته السادسة بأنها تشـــريع خـــاص يصـــدر عـــن الســـلطة التشريعية A special act of the legislature يقضى بإعدام أشخاص يفـــترض ارتكابـــهم لجرائـــم خطيرة Supposed to be guilty of high offenses كجريمة الخيانة. وهم بذلك يعدمون عن جرائم لا تدينهم إحدى المحاكم بها فى نطاق إجراءاتها القضائية In the course of judicial proceedings . فإذا كان هذا التشريع الخاص يوقع عليهم عقوبة أقل من الإعدام، سمى بقانون الآلام والجـــزاءات Bill of Pains and Penalties. وسواء قضى هذا التشريع الخاص بتوقيع عقوبة الإعدام، أو بعقوبة أقـــل منها، فإن هذا التشريع يكون محظورا.

المبحث الثاني
حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة
عن الجريمة الواحدة
Double Jeopardy

٦٧٦- الحرية الشخصية حق، وهى حق طبيعي. ويقتضي ضمانها ألا تفرض على أحد عقوبة لها من قسوتها ما يسوغ اطراحها؛ وألا يحاكم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها([1]).

ذلك أن الدستور يعطي أهمية كبيرة للحكم ببراءة المتهم من التهمة التي أسندتها النيابة إليه، كلما صار هذا الحكم باتا. فإذا أطلق سراحه بعدئذ، فإن المحاكمة الثانية تناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، أيا كان قدر الخطأ في الحكم الأول.

ذلك أن محاكمته من جديد عن الجريمة ذاتها، تحمل معها مخاطر إرهاق المتهم باحتمال أن يدان في المرة الثانية، وإن كان بريئا حقيقة([2]). خاصة وأن سلطة الاتهام لها من الموارد الضخمة ما يؤهلها لأن توجهها ضد مصلحته من خلال الأدلة الجديدة التي تجمعها، بما يعرض المتهمين لأشكال من المعاناة حلقة بعد حلقة، وحقبة بعد حقبة، وكأن يد الاتهام تحيطهم بعذابها، وتدفعهم إلى دائرة من القلق لا نهاية لها، فلا يعرفون لهم مصيراً.

بل إن ملاحقتهم باتهام جديد، بعد تبرئتهم من الاتهام الأول، مؤداه تبديد وقتهم، وتقويض فرصهم فى العمل أو إضعافها، والتشهير بهم إضراراً بسمعتهم، والإخلال بأمنهم وسكينتهم. فلا تصفو لهم الحياة؛ وإنما تنغلق طرائقها وتظلم دروبها، وعلى الأخص، إذا كان الاتهام الجديد موجها بأغراض انتقامية؛ أو كان مقصوداً من سلطة الاتهام حتى تؤكد موقفها السابق من الجريمة، وتعزز أدلتها المتهافتة التي قدمتها من قبل لإثباتها، وحتى تبرهن علي أن قضاء الحكم الأول كان معيبا. وفى ذلك ضرر لا يغتفر. ذلك أن المتهمين الأبرياء كثيرا ما يدانون عن الجريمة ذاتها، بعد إعادة محاكمتهم.

٦٧٧- وكان منطقيا أن يشمل هذا الحظر المحاكم جميعها، ما كان منها من محاكم القانون العام أو استثنائيا أو من طبيعة خاصة. فضلا عما يتخذ منها شكل لجنة أو هيئة تتولى

([1]) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

([2]) United States v. Scotit, 437 U.S. 82, 91 (1878); Greeen v. United States, 355 U.S. 184 (1957).

الفصل قضائيا في خصومة بين طرفين. ذلك أن الحظر المتقدم، يتسع مداه لكل جزاء مدنيا كان أم تأديبا أم جنائيا.

ولئن كان من مصلحة الجمهور أن تدار المحاكمة الجنائية من خلال قواعد تكفل في مجموعها لكل حكم قضائي أن يتحرر كلية من الخطأ، إلا أن محاكمة المتهم من جديد عن التهمة ذاتها، لا يجوز دستوريا ولو أحاط الخطأ بالحكم الأول من كل الوجوه([1]). كما لو أخطأ الحكم في استبعاد بعض الأدلة، وقرر أن باقيها لا يكفي لإدانة المتهم([2]). ذلك أن الحكم القضائي إذا صار باتا، فإن تبديله ولو لخطأ في تطبيق القانون يكون غير جائز، وينغلق بعه أمام النيابة كل طريق لتوجيه الاتهام من جديد إلي المتهم، ولو كان خطؤها أو إهمالها في إدارة الدعوي الجنائية التي صدر فيها الحكم الأول، فادحا Egregiously erroneous، كإغفالها تقديم بعض الشهود القاطعة أقوالهم في التدليل علي الجريمة. فذلك كله بعيد عن حقائق العدل، وعن التطبيق الصحيح للقانون. فالشخص لا يجوز قانونا أن يقاضي مرتين عن الجريمة ذاتها([3]). No Man Can be Twice Lawfully Punished for the Same Offence. سواء كان قد أطلق سراحه في المرة الأولي، أو كان قد استوفي العقوبة المحكوم بها، بشرط أن يكون الحكم في الحالتين قد قطع بالحقيقة القضائية بصورة لا رجوع فيها. وهي حقيقة لا يشفع في نقضها، مجرد أن المحاكمة الأولي لم تستقم فرائضها، ولا كون العقوبة المقضي بها أقل مما يعتبر كافيا -بالمقاييس المنطقية- لردع من أدين بها. فقد صار الحكم الأول -وهو بات- عصيا علي المراجعة. ولا يجوز بعد صدوره أن يظل من تعلق به هذا الحكم، قلقا مضطربا، هائما علي وجهه، تسحقه الدولة ببأسها حين تريد، فلا يطمئن لغده، ولا يأمن من انتهاء الشرور التي تحيط به، لتتعثر خطاه، ولتتبدد في وجهه صور الحياة التي كان يتوقعها.

وليس ذلك من الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية، ولا هو من مفاهيم العدل وحقائقها([4]). ولا كذلك نقض الحكم الأول بعد الطعن فيه. ذلك أن نظر الدعوي الجنائية من جديد أمام دائرة استئنافية غير التي صدر عنها الحكم المنقوض، لا يعتبر خروجا علي قاعدة

([1]) Durks v.United States, 437 U.S.1 (1978); See, Olso Westen and Drubel, Towardos General Theary of Double Jeopardy, 1978 Supreme Cowrt Review, 81, 122-37.
([2]) United States v.Martin lincn supply Co., 430 U.S. 564 (1977).
([3]) North Carolina v.Pearce, 395 U.S. 711,717 (1969).
([4]) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢- القاعدة رقم ٣٢ -ص ٥١٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. انظر كذلك القضية رقم ٤٩ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونية ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨ -ص٧٣٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حظر محاكمة الشخص عن الجريمة الواحدة أكثر من مرة. وإنما هي المحاكمة الأولي مستأنفة سيرها حتي تكتمل حلقاتها، وتصل إلي نهايتها.

٦٧٨- على أن مفهوم الجريمة الواحدة التى لا يجوز أن تكون محلا لأكثر من محاكمة، فى حاجة إلى التحديد.

* فإذا كانت الأفعال الإجرامية تتداخل مع بعضها، ولا تنفصل أجزاؤها، وتجمعها بالتالى وحدة المشروع الإجرامى، فإن تبرئة المتهم من بعض هذه الأفعال، يمنع محاكمته عن باقيها بالنظر إلى تكاملها فيما بينها([1]).

* وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة ،وقضى بإدانة المتهم عن الجريمة التى عقوبتها أشد، فإن الحكم الصادر فيها، يكون مانعاً من محاكمته عن الجريمة الأقل فى عقوبتها، ولو كان راجحا على الظن احتمال ارتكابه لها، أو كان قد أدين عنها بالفعل([2]).

ولا كذلك تبرئة المتهم عن الجريمة الأقل وطأة، إذ لا يعتبر ذلك حاجزاً من معاقبته عن الجريمة الأفدح التى قارفها.

* إذا كان المشروع الإجرامى الواحد، لا يكتمل تنفيذه إلا من خلال مراحل متعددة، فإن كل خطوة فى اتجاه تنفيذ هذا المشروع، يجوز فرض جزاء جنائى عليها. فإذا تم المشروع، جاز كذلك، معاقبة من انخرطوا فيه جميعهم.

* قد تمهد جريمة بذاتها لوقوع جريمة أخرى تستقل عنها، فلا يعاملا -بالنظر إلى هذه الصلة- كجريمة واحدة. فالذين يحوزون خموراً حظر المشرع تداولها، وعوقبوا على مجرد حيازتها، تجوز معاقبتهم على بيعها.

([1]) تقضى المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات، بأنه إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد،وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم. وتفترض هذه المادة أن المتهم حوكم عن هذه الجرائم جميعها، وأنه قد ثبتت إدانته عنها. فلا يقضى عليه عندئذ بعقوباتها جميعا. بل بالعقوبة المقررة لأشدها.

([2]) تنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات على أنه إذا كان الفعل قد كون جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها.

* لا يجوز أن يتعلق بالجريمة المستمرة، غير اتهام جنائى واحد. فمعاشرة امرأة متزوجة، وإدارة محل للدعارة، جرائم يتصل زمنها فى غير انقطاع. وهى جريمة واحدة متعددة حلقاتها.

ولا كذلك الجرائم المنفصلة التى تستقل كل منها بواقعاتها، كالامتناع عن إجابة لجان تقصى الحقائق على أسئلتها.

ذلك أن كل امتناع يعامل كجريمة قائمة بذاتها. شأن ذلك، شأن تعدد البيوع فى المواد الكحولية، وتمزيق أكثر من حقيبة بريد فى الوقت ذاته بقصد سرقة محتوياتها. إذ تعامل كل واقعة منها على حدة، كجريمة لها استقلالها.

ولغة المشرع ومقاصده، هى التى يتحدد على ضوئها ما إذا كان سياق من السلوك A Course of Conduct هو المعاقب عليه؛ أم أن واقعة منفردة هى محل العقوبة التى فرضها المشرع([1]).

ويقصد بالجريمة الواحدة فى تطبيق حظر محاكمة المتهم عن ذات الجريمة أكثر من مرة، أن تتعلق المحاكمة الثانية بالجريمة الأولى عينها، بأن تكون هى ذاتها بكيوفها وأوصافها وشرائط وجودها.

وتعتبر الجريمة محل المحاكمة الثانية مختلفة عن سابقتها، إذا كانت إحداهما تقتضى لوجودها، تقديم الدليل على واقعة لا تقتضيها الجريمة الثانية لقيامها.

<u>وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:</u>

إن امتناع معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، يفترض ألا نكون بصدد جريمتين لكل منهما خصائصها، ولو تتابعتا من حيث الزمان؛ أو كانتا واقعتين فى مناسبة

([1]) تقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" – جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢– القاعدة رقم ٣٢– ص ٥١١ من الجزء الثامن، أن امتناع المدين بالنفقة عن دفعها مماطلة فيها، مؤداه أن وقائع الامتناع –مع تعددها– لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان هدفها واحداً ممثلاً فى اتجاه إرادة المدين بالنفقة، إلى النكول عن أدائها.

واحدة. والعبرة عند القول بوجود جريمتين، هى بحقيقتهما، لا بأوصافهما التى خلعها المشـروع عليها([1]).

ولا يجوز بالتالى أن يكون الاتهام متتابعا فى شأن الجريمة ذاتها التى نسـبتها سـلطة الاتهام إلى المتهم بارتكابها، ولو كان المشرع قد غير -بعد محاكمته عنها أول مـرة- مـن قواعد إثباتها؛ أو كان قد انتحل للجزاء عليها مصلحة غير التى أقام الجريمة عليها من قبل.

٦٧٩- وفى الدول الفيدرالية التى تتوزع السيادة فيها بين الحكومة المركزية وولاياتـها، قد تكون الجريمة الواحدة معاقبا عليها فيدراليا، وكذلك داخل الولاية ذاتها. وتكون بالتالى تعديا على سيادة الحكومة المركزية وسيادة إحدى ولاياتها.

ولئن جرى قضاء المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية على أن إفـراج السلطة القضائية الفيدرالية عن المتهم فى جريمة أمامها، لا يمنع حكومة الولاية من محاكمتـه عن الجريمة عينها أمام محاكمها([2])، إلا أن قضاءها فى ذلك منتقد، وغير عادل، ولا يجـوز أن يتخذ من مجرد السوابق القضائية، عضدا، ولو قام الدليل على اطراد هذه السوابق وعـدم تغيرها.

ذلك أن السيادة التى تتمتع بها الحكومة المركزية، وإن صح القول بانفصالها عن السيادة المحلية التى تباشرها ولاياتها، كل داخل إقليمها؛ إلا أن الحرية الشخصية يناقضها فى الـدول الحرة جميعها، ألا يكون الحكم السابق فى جريمة بذاتها، حائلاً أو حاجزاً دون تقديم المحكـوم عليه فيها إلى محاكمة جديدة أيا كان موقعها.

فضلاً عن أن توزع السيادة فى الدولة الفيدرالية لا ينفى توحد كياناتها المختلفة معـها؛ وأنها دولة واحدة.

٦٨٠- وامتناع المحاكمة الثانية فى شأن الجريمة عينها، لا يحول دون اجتماع جزاءين فيها، أحدهما من طبيعة جنائية، وثانيهما من طبيعة مدنية.

([1]) القضية رقم٢٤ لسنة١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٥يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم٤٧- ص٧١٥ من الجزء الثامن.

([2]) Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

ذلك أن الفعل الواحد قد يثير مسئولية جنائية ومسئولية مدنية في آن واحد. ومن المتصور بالتالى اجتماع هاتين المسئوليتين بالنظر إلى اختلافهما فى نوع المصالح التى تكفلانها.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: "إن اجتماع المسئولية الجنائية والمدنية يتحقق إذا كان الفعل الواحد مرتبا لها معا، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد في آن واحد. إلا أن أظهر ما يغاير بين هاتين المسئوليتين، أن افتراض الخطأ، وإن جاز فى المسئولية المدنية بالقدر وفى الحدود المنطقية التى يبينها المشرع؛ إلا أن المسئولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها([1]).

٦٨١- ولا يعتبر العود -وهو يتحقق بإتيان الجانى جريمة ثانية تالية للحكم عليه بعقوبة فى الجريمة الأولى- واقعاً فى إطار حظر تكرار المحاكمة عن الجريمة ذاتها. ذلك أن إدانة المتهم فى الجريمة الأولى، تحمل معنى إنذاره بألا يعود إلى الإجرام. فإذا لم يقم وزنا لهذا الإنذار، وسلك طريق الجريمة من جديد، استحق عقابا أشد عن الجريمة الثانية، بأن تزاد عقوبته عنها سواء فى نوعها أو فى قدرها.

ومن ثم كان القدر الزائد فى عقوبة العائد عن الجريمة الثانية، منفصلا عن جسامتها، لأنها قد لا تزيد فى ضررها الاجتماعى عن الجريمة الأولى التى ارتكبها، فلا يكون القدر الزائد فى عقوبته عن الجريمة الثانية، إلا مقابلاً لعوده([2]).

٦٨٢- وسواء كان الجانى حدثا أو كامل الأهلية؛ فان محاكمته عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة يظل محظوراً.

ولا يجوز إذا صدر عن الجانى أكثر من فعل فى مناسبة واحدة، وكانت الأفعال التى آتاها ترتبط جميعها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أن يقدم اتهام منفصل عن كل فعل منها.

ذلك أن تعدد هذه الأفعال، لا ينفى ارتباطها، وضرورة أن تشملها محاكمة واحدة تزن كافة العوامل المتصلة بها، بما فى ذلك دوافعها.

([1]) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2])ص ٦٣٥ من مؤلف الدكتور عوض محمد عوض (قانون العقوبات- القسم العام- طبعة ٢٠٠٠).

فلو أن شخصا قتل زوجته وولديه لمحاولتها قتله بالسم حتى يخلص لها وجه عشيقها، ولشكه في سلوكها، ونسبة ولديه منها إليه؛ تعين أن يحاكم عن هذه الأفعال جميعها أمام محكمة واحدة. فإذا قدم عن كل فعل منها إلى محكمة مختلفة حتى ينال أمام إحداهما حكما بالإعدام، فيما إذا حكم عليه عن الفعلين الآخرين بعقوبة أقل؛ كان ذلك تكرارا لمحاكمته عن الجريمة الواحدة متعددة الأفعال، منطوياً على التحرش به بالمخالفة لشرط الوسائل القانونية السليمة.

٦٨٣- واحتجاج الشخص بعدم جواز محاكمته أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة، يعتبر من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها.

ذلك أن هذا الحظر يضفي على الجاني حصانة مرجعها إلى نص في الدستور. وهي حصانة يجوز للجاني أن يسقطها إذا لم يتمسك بها، وكان نزوله عنها واعيا ومقصوداً. ولا يجوز بالتالي أن تستخلص المحكمة من مجرد عدم إثارة المتهم المائل أمامها للحظر المانع من تكرار محاكمته عن الجريمة عينها، ما يدل ضمنا على النزول عنه.

المبحث الثالث

في جواز أو حظر اللجوء إلى القرائن القانونية في المجال الجنائي

٦٨٤- لئن صح القول بأن النصوص الجنائية لا يجوز أن تفتقر إلى الحد الأدنى من الأسس التى يتطلبها ضبطها، والتى تحول كأصل عام بين القائمين على تنفيذها، وإطلاق العنان لنزواتهم أو سوء تقديراتهم؛ وكان الأصل فى هذه النصوص ألا تتداخل معانيها بما يؤذن بانفلاتها، وخروجها على الأغراض المقصودة منها؛ وكان الدستور لا يفرض على المشرع طرائق بذواتها يحدد من خلالها الأفعال التى يؤثمها؛ إلا أن القوانين الجنائية جميعها يتعين أن تعمل فى إطار دائرتين.

أولاهما: أن هذه القوانين لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد إطار لتنظيم الحرية الشخصية من خلال ردع عن الإخلال بها. ذلك أن تلك القوانين، يعنيها أن تكون القيود التى تفرضها على الحرية الشخصية، منتهية إلى صونها وضمان فعاليتها، بما توفره لأصحابها من الحق فى مباشرتها فى حدود منطقية[1].

ثانيتهما: أن الاختصاص المخول للسلطة التشريعية فى مجال إنشاء الجرائم، وتقدير عقوباتها، لا يخولها التدخل بالقرائن التى تحدثها لغل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية فى مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التى عينها المشرع؛ إعمالاً لمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية [2].

٦٨٥- وفى حدود هاتين الدائرتين، يتدخل المشرع من خلال الجرائم التى يحدثها على ضوء الضرورة الاجتماعية، ليقيد من الحرية الشخصية لمن يرتكبونها.

وهو إذ يقرر لهذه الجرائم قوالبها أو النماذج القانونية التى أفرغها فيها، فذلك من أجل بيان أركان كل جريمة منها. فلا ينفصل وجود الجريمة، عن إثباتها فى كافة عناصرها.

---

(1) القضية رقم ٢٠ لسنه ١٥ قضائية "دستورية" ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(2) القضية رقم ٥ لسنه ١٥ قضائية " دستورية " -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بيد أن المشرع قد يتدخل فى شأن الأدلة التى يجوز قبولها فى جريمـــة بذاتـها. وقـد يفترض توافر واقعة فيها لا تقوم بدونها، معفيا سلطة الاتهام من إثباتها، عن طريـــق قرينـة قانونية يحدثها.

ذلك أن القرينة القانونية لا تكون كذلك إلا إذا نص عليها القـــانون، ونظـم حجيتـها. والمشرع يختار من خلال القرينة، واقعة بذاتها، ويستخلص منها الدليل على تحقـق الواقعـة المراد إثباتها بعد أن تكفل باعتبارها ثابتة بقيام القرينة، وأعفى من تقررت القرينة لمصلحتـه، من تقديم الدليل عليها.

٦٨٦- والأصل فى القرائن القانونية أن يقيمها المشرع مقدمـا، وأن يعممـها بعـد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملا. وهى ترتبط أصلا بالمسائل المدنية، فـإن تعدتها إلى المواد الجزائية، صار أمر الفصل فى دستوريتها محددا علـى ضـوء مساسـها بالحرية الشخصية وإخلالها بمقوماتها. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن لكل جريمة ينشئها المشرع، أركانها التى يجب أن تثبتها سلطة الاتهام مـن خلال تقديمها لأدلتها، والإقناع بها، بما يزيل كل ظن معقول ينفيها. فلا تقوم ثمة شـبهة لـها أساسها تدحض ارتكابها. ذلك أن سلطة الاتهام تعمد من خلال اتهامـها لشـخص بجريمـة تدعيها، إلى خلق واقع جديد يناقض افتراض البراءة باعتباره تعبيراً عن الفطرة التـى جبـل الإنسان عليها. وصار متصلا بها منذ ميلاده. فلا تنقضها إرادة أيا كان وزنها، وإنما ينحيـها حكم قضائى تعلق بجريمة بذاتها، وغدا باتا فى شأن نسبتها إلى المسئول عنها، فاعلا كـان أم شريكا.

ثانيهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بإقرار القواعد القانونية ابتـداء، أو تفويـض السلطة التنفيذية فى إصدارها فى حدود صلاحياتها المنصوص عليها فى الدستور. لا يخـول هاتين السلطتين أو إحداهما إحداث قرائـن قانونيـة تنفصـل عـن واقعـها Unreasonable presumptions، ولا تربطها بالتالى ثمة علاقة منطقية بالنتائج التى رتبتها عليها، لتحول بـها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها فى مجال الفصل فى الخصومة الجنائية التـى تطـرح عليها([1]).

([1]) القضية رقم ٧٢ لسنه ١٨ قضائية " دستورية " -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقـم ٤٩- ص٧٤٩ ومـا بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٨٧- وظاهر من القواعد المتقدم بيانها، أن القرائن القانونية جميعها، تفترض واقعتين:

أولاهما: واقعة أصلية هي التي تكون مصدراً للحق المدعى به، وكان ينبغي إثباتها على تقدير أن الحقوق جميعها، لا تنشأ إلا عن مصادرها التي عينها المشرع وحصرها.

وثانيتهما: واقعة غير الواقعة الأصلية، ولكنها قريبة منها لصلتها بها ودلالتها على رجحان ثبوتها، فلا يعتبر إثباتها إلا إثباتا للواقعة الأصلية بحكم القانون.

والصلة المنطقية بين هاتين الواقعتين، هي التي تقيم الدليل على اتصال القرينة القانونية بواقعها، وإفضائها عقلا إلى النتائج التي رتبها المشرع عليها، فلا تكون واقعية القرينة، إلا دليل معقوليتها، ورجحان تصويرها لأوضاع لا مجافاة فيها للحياة العملية[1]

وهذا النظر هو ما عليه القضاء المقارن. إذ القاعدة فيه، أن القرائن القانونية التي يجوز تطبيقها في المجال الجنائي، هي التي تظهر فيها صلة منطقية بين الواقعة التي قام الدليل عليها؛ والواقعة التي افترض المشرع ثبوتها.

فإذا لم تتوافر هذه الصلة المنطقية في القرينة القانونية، دل ذلك على أنها نوع من التحكم ينافي الحقائق التي تؤكدها الخبرة في عموم أحوالها[2].

A Statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

ومن هذه الزاوية، تظهر خطورة القرائن القانونية على الحرية الشخصية التي لا يجوز إرهاقها عن طريق التحكم في القيود التي تفرض عليها.

وهو ما يتحقق على الأخص سواء من خلال اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، أو عن طريق افتراض ثبوتها من خلال قرينة قانونية غير منطقية يحدثها المشرع Arbitrary presumption. أو عن طريق قرينة منطقية يمنع المشرع إثبات عكسها Conclusive presumptions.

([1]) القضية رقم ٢٤ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥- قاعدة رقم ٤٧- ص٧٠٦ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

([2])Tot v. United States 319 U.S. 463,467,468 (1943).

ومن ثم كان التدخل بالقرائن القانونية فى المواد الجزائية، وثيق الصلة بالأدوار التى وزعها الدستور –فى إطار المحاكمة المنصفة– فيما بين سلطة الاتهام والمتهم بالجريمة. وهى أدوار لازمها أن يتعادلا فى أسلحتهما؛ وفى الفرص القانونية والواقعية التى تتردد التهمة خلالها بين ثبوتها ونفيها. ولا يجوز بالتالي أن يفترض المشرع بقرينة يحدثها، أن مجرد حيازة المتهم لمواد مخدرة، يفترض علمه بجلبها من الخارج، لمجرد أن جزءا كبيراً منها يكون مصدره أجنبيا في الأعم من الأحوال، وليس انتاجا محليا([1]).

وإذا كان لسلطة الاتهام حق فى ضمان مصلحة مجتمعها فى القصاص من الجناة، فإن لكل متهم بالجريمة حق فى حريته الشخصية التى لا يجوز تقويضها أو انتقاصها من أطرافها. ولا يعتبر المتهم معادلا لسلطة الاتهام فى أسلحتها وفرصها، إلا إذا حاز إلى جانبها، حدا" أدنى من الحقوق توازنه بها. فإذا اختل هذا الحد الأدنى فى مواجهتها، لم يعد مكافئا لها فى مركزها، لتعلو بموقعها وخصائص سلطتها على متهمها، ليس فقط من جهة الحقوق التى يملكها كل منهم قبل الآخر؛ وإنما كذلك على صعيد إمكاناتها ومواردها الضخمة، التى توفر لها وسائل علمية وعملية تدعم بها التهمه التى أقامتها.

وتميل القرائن القانونية بميزان الحقوق فى غير مصلحة المتهم. ذلك أن المشرع لا يقرر هذه القرائن لغير سلطة الاتهام، كى يعفيها من التدليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها([2]).

٦٨٨– وقد يفترض المشرع بالقرينة القانونية، توافر القصد الجنائى فى جريمة عمدية، ليقيل سلطة الاتهام من إثباته. وهو ما ينعكس بالضرورة على أصل البراءة التى يتعين على النيابة العامة أن تستصحبها معها فى كافة إجراءاتها، ما كان منها سابقا على المحاكمة، أو واقعا أثناء سيرها. إذ هى الفطرة التى جبل الناس عليها، وحجر الزاوية The bedrock في كل نظام متحضر للعدالة الجنائية، وقاعدة مبدئية أصيلة تقتضيها إدارتها Axiomatic and elementary. والمواجهون بالاتهام الجنائي يعتصمون بها طوال مراحل حياتهم، لا ينفكون عنها. ذلك أن التصاقها بهم، لا يزيلها عنهم، إلا إذا أدانهم حكم قضائى بات بالجريمة التى اتهموا بها.

([1]) Leary v.United States, 395 U.S. 6 (1969).

([2]) تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدنى على أن القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

والحق أن منطقية القرينة –وأيا كان موضوعها– أصل فيها. ذلك أن المشرع يصوغ القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، لا ليفرض بها حلولا تحكمية منافية للخبرة العملية القائمة فى الحياة العملية فى أوضاعها الأكثر شيوعا، وإنما يشتق المشرع مما يقع غالبا فى الحياة العملية، القاعدة الموضوعية التى ينشئها؛ وكذلك مضمون كل قرينه قانونية يستلهمها([1]). ولا يجوز في المواد الجنائية علي الأخص أن يفرض المشرع قرينة قانونية تخل بطريقة تحكمية، بحق المتهم في دفعها من خلال حظر التدليل علي عكسها([2]).

A Presumption which is entirely arbitrary and which operates to deny a fair opportunity to repel it or to present facts pertinent to one's defence, is void.

ومن صور القرائن التحكمية:

* أن الآباء الطبيعين لا يعتبرون جديرين بحضانة أبنائهم المولودين خارج نطاق علاقة الزوجية([3]).

* تقرير أن كل امراة حامل لا تصلح لأداء عملها، إذا بلغ حملها أربعة أشهر سابقة علي توقعها ولادة جنينها، وإلزامها بالتالى بأن تحصل خلال هذه الفترة علي إجازة بدون أجر من عملها. إذ يتم إكراهها على هذه الإجازة بمقتضي قرينة قانونية تحكمية تقطع بعدم صلاحيتها لأداء العمل خلالها. وهو ما لا يجوز قانونا في المجال الجنائي([4]). ذلك أن قطعية القرينة لازمها أن يصير الافتراض الكامن فيها عصيا"علي المراجعة، بما يؤهل النيابة للتخلص بصفة نهائية من واجبها في التدليل علي الواقعة التي تقوم بها القرينة ولو استطاع المتهم نفيها([5]). فضلا عن أن القرينة القاطعة هي في حقيقتها نوع من التعميم المطلق غير

([1]) فالقاعدة التى تقضى بأن يعتبر الشخص راشدا ببلوغ إحدى وعشرين سنه ميلادية، قاعدة موضوعية تفترض أن يكون من بلغ هذه السن، كامل الأهلية فى الأعم من الأحوال، ولو ثبت أن بعض الذين بلغوها، يتصرفون بقدر من الطيش والنزق. ذلك أن المشرع يتجاوز عن التفاوت فيما بين إنسان وآخر، حتى ينضبط التعامل ويستقر. والقاعدة التى تقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة عليه، مبناها قرينة قانونية تعتد بما يقع فى الأعم من الأحوال فى الحياة العملية. ولكن يجوز إثبات عكس هذه القرينة، وذلك بأن يقدم الدائن ما يدل على أن الوفاء اللاحق، لا يثبت سبق الوفاء بالأقساط السابقة. وهو ما يعنى جواز معارضة القرينة بعلتها،على خلاف الأمر فى القواعد الموضوعية. انظر فى ذلك الوسيط للدكتور السنهورى الجزء ٣ ص ٦١٧ وما بعدها.

([2]) Bailey v.Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Carella v.Californio, 491 U.S. 263 (1989).

([3]) Stanely v. Illinois, 405 U.S.645 (1972).

([4]) Cleavland Board of Educ. v.LaFleur, 414 U.S. 632 (1974).

([5]) Department of Agriculture v.Murry, 413 U.S. 508 (1973).

المقبول في المواد الجنائية التي تفترض مواجهة كل حالة علي حدة وفق ظروفها وخصائصها.

وإن تعين في هذا المقام التميز بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية. ذلك أن كل قاعدة موضوعية تستغرق علتها، فلا تجوز معارضتها بها بعد اندماجها فيها، ليقلبها المشرع إلى حقائق ثابتة لا يجوز نقضها، ولو بالإقرار أو اليمين.

ولا كذلك القرائن القانونية التى تلازمها علتها؛ ولا تفارقها. بل تقوم إلى جوارها. ومن ثم جاز نقض القرائن القانونية جميعها -حتى ما كان منها قاطعا([1]).

على أن نقض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين، وإن جاز فى المسائل المدنية، إلا أن القبول بقطعية القرينة فى المواد الجنائية غير متصور، ولو كانت القرينة التى أحدثها المشرع منطقية فى صلبها.

ذلك أن إعمال القرائن القانونية فى المجال الجنائى، يرتبط مباشرة بالحرية الشخصية. ولا يجوز بالتالى أن يؤخذ بالقرينة القانونية المنطقية فيما يقيد هذه الحرية، إلا إذا توافر لكل متهم الحق فى نقضها بالأدلة التى يدفعها بها.

ولا كذلك القرينة القاطعة التى تسقط بها حقوق المتهم فى نفى الواقعة التى افترضتها، بما ينال من الحد الأدنى للحقوق التى يملكها المتهم فى مواجهته سلطة الاتهام؛ ويناقض كذلك قواعد إدارة العدالة الجنائية التى تقوم فى جوهرها، على أن كل واقعة تقوم بها الجريمة، لا يجوز افتراض ثبوتها كحقيقة لا تتبدل، فلا يدفعها المتهم بأية أدلة يقدمها، أيا كان قدر قوتها الإقناعية.

وفى مصر لا تثير المحكمة الدستورية العليا، شكوكا جدية حول جواز قبول القرائن القانونية فى المجال الجنائى. ذلك أن إمعان النظر فى أحكامها وتحليلها، يدل على مناقشتها لكل قرينة قانونية فرضها المشرع، ونظرها فى معقوليتها، وتحريها لدلالتها، وصلتها بالنتائج التى رتبها المشرع عليها، ورفضها بالتالى لكل قرنية قانونية لا تتوافر بها علاقة منطقية بين

([1])القضية رقم ٨ لسنه ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٣ -ص٤٧٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن القرينة القاطعة وإن كان لا يجوز إثبات عكسها، إلا أن نقضها بالإقرار واليمين، جائز.

الواقعة الأصلية التى افترض المشرع ثبوتها بالقرينة التى أحدثها؛ وبين الواقعة التى أحلها محلها، واعتبر إثباتها مفض إليها، لتقوم مقامها مغنية عن إثباتها.

فإذا بان لها أن القرينة القانونية تقوم على التحكم والإملاء، فإنها تنحيها، وعلى الأخص كلما صاغها المشرع كى يفترض بها توافر القصد الجنائى؛ أو أقحمها ليعدل بها من الأصل فى الأشياء التى تتعلق الجريمة بها، أو توخى بها إهدار حقوق الملكية التى كفلها الدستور.

على أن ما ينبغى أن يلاحظ فى القرائن القانونية التى حللتها المحكمة الدستورية العليا، هو أنها أهدرتها جميعها لمجافاتها لحكم العقل، وانتفاء كل صلة منطقية بالتالى بين الواقعة التى افترض القانون ثبوتها؛ والواقعة التى أحلها محلها عوضا عنها، وجعل ثبوتها دليل تحقق الواقعة التى افترضها.

ولكن المحكمة الدستورية العليا لم تعمل حتى اليوم -وفى إطار هذا الضابط- قرينة قانونية واحدة من القرائن التى واجهتها على امتداد حياتها القضائية. وهو ما يعنى نظرتها المتشككة إلى تطبيق القرائن القانونية فى المجال الجنائى، واتجاهها إلى حمل سلطة الاتهام على أداء المهام التى تقوم أصلا عليها، وأخصها تقديم الدليل على كل واقعة تقوم بها الجريمة، فلا تعفيها منها من خلال قرينة قانونية. وربما كان هذا الاتجاه أدنى إلى تحقيق مصلحة المتهم التى لا يجوز أن تخل بمصلحة للجماعة لها اعتبارها.

وإنما يتعين موازنة أولاهما بثانيتهما؛ وأن ينظر إلى القرينة القانونية بالتالى على ضوء معقوليتها فى إطار تقدير عام للحقائق العلمية والعملية القائمة فى زمن معين. ذلك أن منطقية القرينة القانونية هى التى تنفى عنها التحكم بعد أن دل مضمونها على ارتباطها بما هو راجح الوقوع عملاً.

والبين من تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأن القرائن القانونية، إبطالها لكل قرينة افترض بها المشرع توافر القصد الجنائى؛ أو خرج بها علي الأصل فى الأشياء؛ أو أهدر من خلالها الحماية التى يكفلها الدستور لحق الملكية.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

المطلب الأول
قرائن قانونية مخالفة للدستور، وذلك لافتراضها القصد الجنائي

الفرع الأول
النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن.

٦٨٩- عملا بنص المادة ١١٧ من القانون الجمركي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، تفرض على ربان السفينة، أو قائد الطائرة، غرامة لا تقل عن عشر الضريبة الجمركية المعرضة للضياع ولا تزيد على مثلها؛ وذلك في حالة النقص غير المبرر في عدد الطرود أو محتوياتها. عما أدرج عنها في قائمة الشحن وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا التي كان عليها -قبل الفصل في دستوريتها- أن تحدد الطبيعة القانونية للغرامة المنصوص عليها في المادة ١١٧ المشار إليها، وعما إذا كان فرضها يثير مسئولية مدنية أم جنائية للربان أو قائد الطائرة.

وقد خلص قضاء هذه المحكمة بعدم دستورية هذه المادة، وقام قضاؤها في ذلك محمولا علي الدعائم الآتي بيانها:

أولاً: أن المشرع الجمركي عامل النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن، بافتراض أن الربان قد هربها. ولا يتصور أن يتعلق هذا الافتراض إلا بجريمة إدخالها إلى البلاد بطريق غير مشروع دون أداء ضرائبها الجمركية. وإذ كان من المقرر أن الجريمة لا تقوم إلا عن أفعال أثمها المشرع من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء إتيانها، مصيبا بعبئها من يكون مسئولا عنها من الفاعلين والشركاء؛ وكانت العقوبة قد تتخذ صورة الغرامة المالية التي يقدر المشرع أن ثقلها يعتبر كافيا لردع الجناة المحتملين وحملهم علي تجنبها؛ وكان القانون الجمركي قد ربط المخالفة الجمركية التي يمثلها النقص غير المبرر في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، بالفائدة التي تصور أنها تعود على جناتها من وراء ارتكابها، فرد عليهم ما قصدوه منها من خلال الغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من هذا القانون، والتي نسبها إلى المكوس الجمركية ذاتها حتي لا يكون مبلغها ثابتا؛ فإن هذه الغرامة. -وتلك طبيعتها- تتوافر لها خصائص الغرامة النسبية التي يتضامن المسئولون عن الجريمة التي تستوجبها، في دفعها -فاعلين كانوا أو شركاء- فلا يحكم عليهم - مع تعددهم- إلا بغرامة واحدة يقيسها المشرع وفقا للضوابط التي قدرها لتناسبها مع الفائدة

التى حققها الجناة من جريمتهم، أو التى قصدوا إلى بلوغها بارتكابها، فـــلا تحصـل الإدارة الجمركية إلا على مبلغها لا أكثر ولا أقل، توكيدا لعينيتها التى لا ينافيها تقرير حد أدنى لها.

ثانياً: لكل جريمة عقوبتها التى لا تنفصل عن الأفعال التى تكونـــها. والغرامـة التـى فرضتها المادة ١١٧ من القانون الجمركى، مناطها تلك المخالفة الجمركيـــة التـى افـترض المشرع أن الربان أو قائد الطائرة قد ارتكبها، فلا تقوم هذه الجريمة في حقـــهما إلا بتوافـر أركان هذه الجريمة، وإثباتها بكل عناصرها.

فلا يحكم بها على من يكون غير مسئول جنائيا عنها، فإذا تعدد المسئولون عن المخالفة الجمركية -الذين وصفهم المشرع بالفاعلين والشركاء- تحقق تضامنهم فى الوفاء بعقوبتها.

ثالثاً: أن الغرامة التي حددتها النصوص المطعون عليها، وإن خـول المشـرع الادارة الجمركية ذاتها الحق في توقيعها، إلا أن ماهية هذه الغرامة لا تتحدد علي ضوء حقيقة الجهـة التي خولها المشرع حق فرضها، وإنما بالنظر إلي خصائصها.

رابعاً: الأصل فى الطرود أن يكون ما فرغ منها -سواء فى أعدادها أو محتوياتـــها- مطابقا لبياناتها فى قائمة الشحن. فإذا نقص ما فرغ من هذه الطرود عما هو مدون بشأنها فـى تلك القائمة، فإن افتراض تهريبها يقوم فى حق الربان أو قائد الطائرة إعمالا لتلك القرينة التي أحدثها المشرع، والتى لا يدفعها أيهما إلا إذا أقام الدليل على عكسها ببراهين يبرر بها هـــذا النقص.

خامساً: لا يجوز أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقريـر عقوباتها، إلى إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها بالتالى ثمة علاقة منطقية بالنتائج التى رتبتها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها فى نطاق الدعوى الجنائية التى اختصها بالفصل فيها. ذلك أن الأغراض النهائية للقوانين الجنائية ينافيها علـــى الأخص أن يدان المتهمون لغير جريرة، أو عن طريق الإخلال بالموازين الدقيقة التى يتكافـأ بها مركز سلطة الاتهام، ومتهموها.

سادساً: أن المسئولية الجنائية لا تحركها إلا مصلحة الجماعة بافتراض أن ضراراً قد أصابها من خلال إتيان الأفعال التى أثمها المشرع لضرورة اجتماعية قدرها؛ متدرجا بعقابـــها تبعا لخطورتها؛ وناهيا أصلا عن التنازل عن الخصومة الجنائية موضوعها أو التصالح عليها.

فلا يكون الجزاء عليها محض تعويض، بل إيلاما مقصودا لردع جناتها، ضمانا لأن يكون الوقوع فيها من جديد أقل احتمالا.

ولا كذلك المسئولية المدنية التى لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته، أو توقعها. وإنما مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأغيار ضررا، سواء أكان هذا العمل عمدا أم إهمالا. ومن ثم كان التعويض الكامل جزاءها. وهو لا يكون كاملا إلا إذا كان جابرا لعناصر الضرر جميعها دون زيادة أو نقصان؛ وكان هذا التعويض كذلك من الحقوق الشخصية التى يجوز النزول عنها؛ وكان اجتماع المسئولية الجنائية والمدنية جائزا، إذا كان الفعل الواحد منشئا لهما معا، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد فى آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصورا؛ إلا أن أظهر مايمايز بينهما، أن افتراض الخطأ، وإن جاز فى المسئولية المدنية بالقدر، وفى الحدود المنطقية التى يبينها المشرع، إلا أن المسئولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها.

سابعاً: أن جريمة التهريب الجمركى من الجرائم العمدية التى لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها، ولا تعتبر الشبهة التى تحيطها، ويظن معها الوقوع فيها، سلوكا محددا أتاه جان، بل توهما لا يقوم به دليل، ولا تنهض به المسئولية الجنائية.

ثامناً: إذ أقام المشرع من مجرد وجود نقص فى عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، قرينة على تهريبها لا يدفعها المتهمون عنهم إلا بتقديم ما ينقضها؛ فإن إخفاقهم فى نفيها، يكون تقريرا لمسئوليتهم الجنائية عن الجريمة بما يناقض افتراض براءتهم؛ ويحول دون انتفاعهم بضمانة الدفاع التى تفترض لممارستها قيام اتهام محدد ضدهم، معزز بالبراهين الجائز قبولها قانونا؛ وإخلالا بالضوابط التى فرضها الدستور فى مجال محاكمتهم إنصافا؛ وتعديا كذلك على الحدود التى فصل بها بين ولاية كل من السلطتين التشريعية والقضائية([1]).

الفرع الثانى

مناط مسئولية الحائز للبضائع الأجنبية التى يتجر فيها مع العلم بتهريبها

٦٩٠- كان المشرع بعد أن نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركى الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنه ١٩٦٣ على أن حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها مع العلم بأنها مهربة، تعتبر فى حكم التهريب الجمركى؛ قضى بأن هذا العلم يفترض إذا

([1]) القضية رقم ٧٢ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ -ص٧٤٩ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

لم يقدم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار، ما يؤيد سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها.

وقد طعن بعدم دستورية هذه القرينة التى أحل بها المشرع واقعة عدم تقديم الأوراق المؤيدة لسبق دفع الضريبة عن البضائع الأجنبية المحوزة بقصد الاتجار فيها، محل واقعة العلم بتهريبها، معفيا بذلك سلطة الاتهام من التزامها الأصيل بأن تقدم بنفسها الدليل على تحقق كل ركن يتصل ببنيان الجريمة، بما فى ذلك القصد الجنائى ممثلا فى إرادة إتيان الفعل مع العلم بالوقائع التى تعطيه دلالته الإجرامية.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من هذا المادة ١٢١ من هذا القانون، وذلك فيما تضمنته من افتراض القصد الجنائى على النحو المتقدم. وقام حكمها فى ذلك على الدعائم الآتية:

أولاً: أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ المشار إليها، قرينة قانونية. ذلك أن الأصل فى القرائن القانونية -قاطعة أو غير قاطعة- أنها من عمل المشرع. وهو لا يقيمها تحكماً أو إملاء. وإنما يصوغ المشرع القرينة، ويحدد مضمونها، على ضوء ما يقع غالبا فى الحياة العملية.

وإذ كانت القرينة القانونية التى أوردتها الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركى تتعلق ببضائع أجنبية تم التعامل فيها بعد خروجها من الدائرة الجمركية؛ وكان هذا التعامل لا ينحصر فيمن قام باستيرادها ابتداء، وإنما تتداولها أيد عديدة -شراء وبيعا- إلى أن تصل إلى حائزها الأخير؛ وكان التعامل فيها خلال مراحل تداولها المختلفة، يتم بافتراض سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها بعد تجاوزها الدائرة الجمركية التى ترصد فى محيطها البضائع الواردة، وتقدر فى نطاقها ضرائبها، وتستكمل إجراءاتها؛ وكان ما تقدم هو الأصل فيها، فلا ينقض هذا الأصل إلا بدليل يقدم من الإدارة الجمركية ذاتها. وكان هذا الأصل مرددا كذلك بالمادة ٥ من القانون الجمركى التى يدل حكمها على أن البضاعة الواردة لا يجوز الإفراج عنها، إلا بعد أداء مكوسها على اختلافها، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ فإن الواقعة البديلة التى اختارها النص المطعون فيه -ممثلة فى عدم تقديم حائز البضاعة الأجنبية بقصد الاتجار فيها، ما يدل على الوفاء بالمكوس المقررة عليها- تكون قرينة على علم المتهم بأن البضائع الأجنبية التى يحوزها بقصد الاتجار فيها، قد تم تهريبها.

وهى قرينة تحكمية حجب المشرع بها محكمة الموضوع عن التحقق من توافر هذا العلم أو تخلفه. وتغدو القرينة بالتالى مقحمة لإهدار افتراض البراءة.

ثانياً: إذ كانت جريمة التهريب الجمركى من الجرائم العمدية؛ وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها -وعلى ضوء تقديرها للأدلة التى تطرح عليها- من علم المتهم بحقيقة كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينيا، لا ظنيا أو افتراضيا؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية التدخل بالقرائن التى تنشئها لغل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية فى مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التى عينها المشرع، إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان نص الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركى، قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر، دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية، ليفرض بذلك وجهة النظر التى ارتآها فى مسألة تستقل محكمة الموضوع بتحقيقها عند الفصل فى الاتهام الجنائى؛ وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، ومآل ما يسفر عنه إلى العقيدة التى تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها ؛ فإن واقعة العلم بالتهريب التى نسبها النص المطعون فيه إلى المتهم، تتمحض انتحالا لاختصاص عهد به الدستور إلى السلطة القضائية؛ وتعديا على الحدود التى تفصل بينها وبين السلطة التشريعية؛ وبما يناقض كذلك افتراض البراءة من التهمة الجنائية، ويخل بالحرية الشخصية التى اعتبرها الدستور حقا طبيعيا.

الفرع الثالث
مناط مسئولية رئيس تحرير الصحيفة

٦٩١- كان المدعى قد أقام الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية أمام المحكمة الدستورية العليا([1])، ناعيا على نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مخالفتها للدستور. وقد تبين لهذه

([1]) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- ص ٢٨٦ وما بعدها فى الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة .هذا وتقضى المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بما يأتى:

فقرة أولى: "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير، بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته.

فقرة ثانية: ومع ذلك يعفى من المسئولية الجنائية:

١. إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر.

٢. أو إذا أرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر".

المحكمة أن الفقرة الأولى من تلك المادة هى التى يقوم عليها الاتهام الجنائى ضد المدعى عليه الثانى باعتباره رئيس تحرير الجريدة التى نشر بها المقال المتضمن قذفاً وسباً فى حق المدعى؛ وأن الخصومة الدستورية ينحصر نطاقها فى هذه الفقرة؛ وأن ارتباطها بفقرتها الثانية وإن كان لا يقبل التجزئة -باعتبار أن أولاهما تقرر المسئولية الجنائية لرئيس التحرير، وأن ثانيتهما تحدد صور الإعفاء منها- إلا أن إبطال فقرتها الأولى يعتبر كافيا وحده لسقوط فقرتها الثانية التى لا يتصور تطبيقها ما لم يكن تقرير مسئولية رئيس التحرير -فى الحدود التى تضمنتها الفقرة الأولى- جائزاً وفقاً لأحكام الدستور.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ المشار إليها، وبسقوط فقرتها الثانية. وقام حكمها في ذلك محمولا على الدعائم الآتية:

أولاً: لا شأن للجريمة بدخائل النفس ومضمراتها. ذلك أن الجريمة تبلور سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا.

ثانياً: الأصل فى الجرائم العمدية جميعها، أنها تعكس تكوينا مركبا باعتبار أن قوامها التزامن بين يد اتصل الإثم بعملها، وعقل واع خالطها، ليهيمن عليها، ويوجهها إلى النتيجة التي قصد إحداثها، ليلائم هذا القصد -باعتباره ركنا معنويا في الجريمة- الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر، ولكل وجهة هو موليها، لتنحل الجريمة- فى معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التى فرضها المشرع، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلاً عن الانتقام والثأر من صاحبها.

ثالثاً: يثير تجريم الأفعال التي تتصل بالمهام التى تقوم الصحافة عليها وفقا للدستور -ولو بطريق غير مباشر- الشبهة المبدئية حول دستوريتها، لتفصل المحكمة الدستورية العليا فيما إذا كان الفعل المؤثم قانونا فى نطاق جرائم النشر، ينال من الدائرة التى لا تتنفس حرية التعبير إلا من خلالها؛ أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها.

رابعاً: كفل الدستور للصحافة حريتها، ولم يجز إنذارها أو وقفها أو إلغاءها إداريا، بما يحول كأصل عام دون التدخل فى شئونها، أو إرهاقها بقيود ترد رسالتها على أعقابها، أو تقلص دورها فى بناء مجتمعها وتطويره.

ذلك أن حرية الصحافة قوامها أن يكون الحوار بديلاً عن القهر والتسلط؛ ونافذة لإطلال المواطنين على الحقائق التى لا يجوز حجبها عنهم؛ ومدخلاً لتعميق معلوماتهم فلا يجوز طمسها أو تلوينها. بل إن الصحافة تكفل للمواطن دوراً فاعلا، وعلى الأخص من خلال الفرص التى تتيحها لنشر الآراء التى يؤمن بهاIndividual self- expression. فلا يكون سلبيا منكفئا وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالفزع من بأس السلطة وعدوانيتها.

خامساً: أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها، أصلان كفلهما الدستور بالمادتين ٤١ و٦٧.

فلا يجوز أن تأتى السلطة التشريعية عملاً يخل بهما، وعلى الأخص عن طريق ادعائها لنفسها الاختصاص المخول للسلطة القضائية فى مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التى حددها المشرع، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلبا فيها.

إلا أن النص المطعون فيه، افترض أن الإذن بالنشر الصادر عن رئيس تحرير الجريدة، يفيد علمه على وجه اليقين، بالمادة التى تضمنها المقال بكل تفصيلاتها، وأن محتواها يشكل جريمة معاقباً عليها قصد رئيس التحرير إلى ارتكابها وتحقيق نتيجتها، مقيما بذلك قرينة قانونية يحل فيها هذا الإذن محل القصد الجنائى، وهو ركن فى الجريمة العمدية لا تقوم بغيره.

ولا ينال مما تقدم، قالة أن البند (١) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، قد أعفى رئيس التحرير من المسئولية الجنائية التى أنشأتها فقرتها الأولى فى حقه، إذا قدم الدليل على أن النشر تم بدون علمه. ذلك أن مجرد تمام النشر دون علمه، ليس كافيا وفقاً لهذا البند لإعفائه من مسئوليته الجنائية. وإنما يتعين عليه فوق هذا -إذا أراد التخلص منها- أن يقدم لجهة التحقيق كل ورقة ومعلومة تعينها على معرفة المسئول عما نشر. بما مؤداه قيام مسئوليته الجنائية، ولو لم يباشر دوراً فى إحداثها. فضلا عن أن النص المطعون فيه جعل رئيس التحرير مواجها بواقعة أثبتتها القرينة القانونية فى حقه دون دليل يظاهرها؛ ومكلفاً المتهم بنفيها خلافا لافتراض البراءة.

كذلك يظل رئيس التحرير وفقاً للبند (٢) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، مسئولاً عن الجرائم التى تضمنها المقال، ولو أثبت أنه لو لم يقم بالنشر، لفقد وظيفته فى الجريدة التى يعمل بها، أو تعرض لضرر جسيم آخر. إذ عليه فوق هذا، أن يرشد أثناء التحقيق عمن أتى الجريمة، وأن يقدم كل ورقة ومعلومة لديه، لإثبات مسئوليته.

وهو ما يعنى أنه أيا كانت الأعذار التى يقدمها رئيس تحرير الجريدة، مثبتا بها اضطراره إلى النشر، فإن مسئوليته الجنائية لا تنتفى إلا إذا أرشد عن أشخاص قد لا يعرفهم، هم المسئولون عن المقال أو غيره من صور التمثيل. وهو ما يناقض شخصية المسئولية الجنائية التى تفترض ألا يكون الشخص مسئولاً عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكا فيها.

سادساً: أن ما تقدم مؤداه، أنه سواء أكان النشر فى الجريدة قد حصل دون تدخل من رئيس تحريرها؛ أم كان قد أذن بالنشر اضطراراً حتى لا يفقد عمله فيها، أو توقيا لضرر جسيم آخر؛ فإن رئيس التحرير يظل فى الحالتين مسئولاً جنائياً بمقتضى النص المطعون فيه الذى أنشأ فى حقه قرينة قانونية افترض بموجبها علمه بكل ما احتواه المقال المتضمن سبا أو قذفا فى حق الآخرين. وهى بعد قرينة يظل حكمها قائما، ولو كان رئيس التحرير متغيباً عند النشر، أو كان قد عهد إلى أحد محرريها بقدر من مسئوليته؛ أو كانت السلطة التى يباشرها عملاً فى الجريدة، تؤكد أن توليه لشئونها ليس إلا إشرافاً نظرياً لا فعلياً.

سابعاً: وما يقال من أن كل واقعة أوردها المقال متضمنة سباً أو قذفاً فى حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير، إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها، لتكتمل بالنشر الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير.

مردود أولاً: بأن الجريمة العمدية تقتضى لتوافر القصد الجنائى بشأنها -وهو أحد أركانها- علما من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجتها غير التى قصد إلى إحداثها، شأن الجريمة العمدية فى ذلك، شأن الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه لرئيس تحرير الجريدة باعتباره فاعلاً أصلياً لها.

ولا يتصور بالتالى أن تتمحض هذه الجريمة عن إهمال يقوم مقام العمد. إذ هى جريمة عمدية ابتداء وانتهاء لا تتوافر أركانها ما لم يكن رئيس التحرير حين أذن بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً، كان مدركاً أبعاده واعياً بآثاره، قاصداً إلى نتيجته.

ومردود ثانياً: بأن اعتبار رئيس تحرير الجريدة فاعلاً أصلياً لجريمة عمدية، ومسئولاً عن ارتكابها، لا يستقيم مع افتراض القصد الجنائى بشأنها، وإلا كان ذلك تشويها لخصائصها.

ومردود ثالثاً: بأن ما تتوخاه كل جريدة، هو أن يكون اهتمام قارئها بموضوعاتها حيا من خلال تنوعها وعمقها وتعدد أبوابها وامتدادها على كامل صفحاتها مع كثرتها، وتطرقها لكل جديد فى العلوم والفنون على تباينها. فلا تكون قوة الصحافة إلا تعبيراً عن منزلتها فى إدارة الحوار العام وتطويره؛ لا تتقيد رسالتها فى ذلك بالحدود الإقليمية، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة أيا كان بأسها؛ بل توفر صناعتها -سواء من خلال وسائل طبعها أو توزيعها- تطوراً تكنولوجيا غير مسبوق يعزز دورها، ويقارنها تسابق محموم يتوخى أن تقدم الجريدة فى كل إصداراتها، الأفضل والأكثر إثارة لقرائها، وأن تتيح لجموعهم قاعدة أعرض لمعلوماتهم، ومجالاً حيوياً يعبرون فيه عن ذواتهم، وأن يكون أثرها فى وجدانهم، وصلتهم بمجتمعهم بعيداً.

بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها، إنما تقود رأياً عاماً ناضجاً، وفاعلاً، يبلوره إسهامه فى تكوينه وتوجيهه.

ولا يتصور فى جريدة تتعدد صفحاتها، وتتزاحم مقالاتها، وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطا بها جميعا، نافذاً إلى كافة محتوياتها، ممحصا بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا أن يقيسها وفق ضوابط قانونية قد يدق الأمر بشأنها، فلا تتحد تطبيقاتها.

ومردود رابعاً: بأن المسئولية التقصيرية وفقاً لقواعد القانون المدنى -وقوامها كل عمل غير مشروع ألحق ضرراً بالغير- هى التى يجوز افتراض الخطأ فى بعض صورها. ولا كذلك المسئولية الجنائية، التى لا يجوز أن يكون الدليل عليها منتحلاً، ولا ثبوتها مفترضا.

ومردود خامساً: بأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أتى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره. ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعمال باشرها تتصل بها وتعتبر تنفيذاً لها. ولئن جاز القول بأن العلانية فى الجريمة التى تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن قذفاً وسبا فى حق الآخرين، إلا أن مسئولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، ومدخلها علما يقينيا بأبعاد هذا المقال.

ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ افترض مسئوليته جنائيا بناء على صفته كرئيس تحرير يتولى شئون الجريدة باعتباره مشرفا عليها، فلا يكون مناطها إلا الإهمال فى إدارتها، حال أن الإهمال والعمد نقيضان لا يتلاقيان. بل إن رئيس تحرير الجريدة، يظل دون غيره

مسئولاً عما ينشر فيها، ولو تعددت أقسامها، وكان لكل منها محرر مسئول يباشر عليها سلطة فعلية.

ومردود سادساً: بأن صور الإعفاء من المسئولية الجنائية لرئيس التحرير -المقررة بالفقرة الثانية من المادة ١٩٥ع- لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسئولية موافقة ابتداء لأحكام الدستور، ومن ثم يكون إبطال فقرتها الأولى لمخالفتها للدستور؛ مستتبعا سقوط الفقرة الثانية من هذه المادة، فلا تقوم لها قائمة.

الفرع الرابع
مناط علم المؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم في شأن عين مؤجرة

٦٩٢- كان قد طعن فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧فى شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن مخالفتها للدستور([1]).

وقد قضي بعدم دستورية هذه الفقرة، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. وقام قضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعائم الآتية:

أولاً: أن القرائن القانونية جميعها من عمل المشرع. وهو يفرضها فى مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل أركان الجريمة بعيداً عنها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهمين إلا نفيها.

وهى بذلك تقصر عن أن تؤكد بصفة نهائية صحة الواقعة التى افترضها المشرع، باعتبار أن الأصل هو جواز هدمها Rebuttable Presumption.

([1]) صدر الحكم فيها بجلسة ٣ يناير ١٩٩٨-وهو منشور فى ص ١٠٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧فى شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن على ما يأتى "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ جنيه ولا تجاوز ألفى جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أجر مكانا أو جزءا منه، أو باعه، ولو بعقد غير مشهر، أو مكن آخر منه، وكان ذلك التأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم. ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم".

<u>ثانياً</u>: أن افتراض براءة المتهم، يستصحب الفطرة التى جبل الإنسان عليها. وهو كذلك شرط للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. فضلا عن صلته الوثقي بالحق فى الحياة، وبدعائم العدل التى تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها.

والبراءة لا يجوز تعليقها على شرط يهدمها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون متهاويا.

بل إن الإخلال بها -وباعتبارها مبدأ بدهيا- An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. ولا يعتبر مجرد الاتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبتاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً دون التدليل عليها. وإنما يظل هذا الأصل قائما إلى أن ينقض من خلال حكم قضائى صار باتا بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها -بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملاً.

ويبدو افتراض البراءة أكثر ضرورة فى مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التى تملكها النيابة العامة فى مجال إثباتها للجريمة، تدعمها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا افتراض البراءة ، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرءاً من كل شبهة لها أساسها Dans la Doute, on acquitte.

ولا يجوز بالتالى أن تفسر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتها. وإنما يكون لكل متهم -وارتكاناً إلى هذا الأصل- أن يظل "ابتداء" صامتاً، وأن يفيد "انتهاء" مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonable محيطاً بالتهمة من جهة ثبوتها.

<u>ثالثاً</u>: تدل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المطعون عليها، على أن الجريمة المنصوص عليها فيها من الجرائم العمدية، وأن مناطها قيام شخص بتأجير عين بذاتها أو جزء منها -ولو بعقد غير مشهر- كلما تم هذا التأجير بالمخالفة لعقد قائم سبق أن حرره هو أو صدر عن نائبه أو عن أحد شركائه، أو نوابهم. ومن ثم يكون القصد الجنائى ركنا معنوياً فى هذه الجريمة لازما لثبوتها.

بيد أن المشرع قدر أن التعاقد الجديد المناقض للعقد السابق، قد لا يكون صادراً عمن دخل فى العقد الأول، بل عن نائبه، أو أحد شركائه، أو عن وكيل لأيهما، فافترض علم هؤلاء جميعاً بالعقد السابق؛ وكأنهم جميعاً شخص واحد يقدر لأموره عواقبها، ويزنها فى إطار من القيود التى حدد بها المشرع نطاق الأعمال التى يجوز أن يباشرها.

وهو افتراض لا دليل عليه، ومؤداه إعفاء النيابة العامة من التزامها بتقديم الدليل على علم المؤجر بالتعاقد السابق الصادر من نائبه، أو من شريكه فى العين التى يملكانها.

وتلك هى القرينة القانونية التى أقحمها المشرع على افتراض البراءة، والتي أهدر بها الحرية الشخصية التى تبلورالنصوص العقابية أخطر القيود عليها؛ والتى يعتبر ضمانها ضد كل صور التحامل والتسلط، لازماً لصونها؛ وعلى الأخص فى إطار محاكمة جنائية يكون زمامها بيد محكمة الموضوع وحدها؛ ويقوم قضاؤها فيها متصلاً بأعمال التحقيق التى تجريها بنفسها، والتى تستخلص منها اقتناعها بقيام الجريمة المدعى بها أو انتفائها. فذلك وحده شرط إنصافها.

ومن ثم تكون الفقرة المطعون عليها مخالفة لأحكام المواد ٤١، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور([1]).

والقول بأن الأحكام التى تضمنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ فى شأن سريان قواعد القانون المدنى على صور بذواتها من العلائق الإيجارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، تعتبر أصلح للمتهم فى مجال تطبيقها على النزاع الماثل، مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور، يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر فى أصلحهما للمتهم. ولا كذلك الفقرة الثانية المطعون عليها التى خلص قضاء هذه المحكمة إلى تعارضها مع بعض الأحكام التى تضمنها.

المطلب الثاني

التمييز بين القرائن القانونية وإعمال المسئولية الجنائية بطريق القياس

٦٩٣- على أن القرائن القانونية جميعها -فى مجال تطبيقها فى النطاق الجنائى- تفترض إعفاء لسلطة الاتهام، من تقديم الدليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها.

ويظل التدليل على الجريمة فى باقى عناصرها، واجبا أصيلاً على هذه السلطة تتولاه بنفسها وبوسائلها. ولا كذلك أن تكون المسئولية الجنائية لشخص معين، تحميلاً على المسئولية الجنائية لغيره، إذ لا يتصل ذلك بالقرائن القانونية فى قليل أو كثير. وإنما تتمحض المسئولية

([1]) انظر كذلك فى عدم دستورية افتراض القصد الجنائى، قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، الصادر عنها بجلستها المعقودة فى١٦ فبراير ١٩٩٦، والمنشور فى ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

الجنائية فى هذا الفرض عن مسئولية بطريق القياس. ذلك أن المتهم إذ يعتبر مسئولا جنائيـــا عن جريمة بعينها، لمجرد أن غيره قد ارتكبها؛ فإن هاتين المسئوليتين لا تكونان منفصلتين أو مختلفتين. وإنما تكون مسئوليته هو عن الجريمة، ملحقة بمسئولية غيره بشأنها لتقــوم معــها وتزول بتخلفها.

وتقدم لنا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" خير مثال على ذلك. فقــد اتــهم بعض المسئولين عن النشر فى جريدة حزبية بأنهم نسبوا إلى وزير البترول والثروة المعدنيــة –وعن طريق النشر فى جريدة حزبهم– أموراً لو قام الدليل عليها لكان واجبا عقابه، باعتبارها تشكل فى حقه جرائم الرشوة والتربح والإضرار بالمال العام؛ وكان ذلك بسوء قصد منـــهم؛ وبغير تدليل من جانبهم علي حقيقة كل فعل نسبوه إلي المضرور من النشر.

وإذ كان الاتهام الجنائى قد شمل رئيس الحزب الذى يملك الجريدة، فقــد دفــع رئيــس الحزب بعدم دستورية المادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقــانون رقــم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتي تنص علي أن "يكون رئيس الحزب مسئولا مع رئيس تحريــر صحيفــة الحزب عما ينشر فيها".

٦٩٤– وهذه الفقرة هي التي قضي بعدم دستوريتها تأسيسا علي ما يأتي([1]).

أولاً: أن رئيس الحزب يعد مسئولاً وفقاً للنص المطعون فيه بوصفه شــخصاً طبيعيــا، وليس باعتباره نائبا عن الحزب الذى يمثله قانوناً فى التعاقد، وكذلك فى علاقاته بالغير، وأمام القضاء. ومسئوليته هذه لا تقوم "منفردة" لخصائص تتعلق بها؛ ولا ترتبط بأعمال محددة تقــوم عليها؛ بل انضماما إلى مسئولية غيره لتقارنها، وتصاحبها، فلا تنفصل عنها.

ذلك أن مسئولية رئيس التحرير عما ينشر فى الصحيفة الحزبية؛ لا ينظمــها إلا نــص المادة ١٩٥ع التى تقضى بأنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابــة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر –إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير– بصفته فاعلاً أصليا للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته".

([1]) انظر القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" –جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥– قاعدة رقم ٢– ص ٤٥ مــن الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم تقوم مسئولية رئيس الحزب التى رتبها النص المطعون فيه، مع مسئولية رئيس التحرير، وإلى جانبها، لتكون لها ملامحها ومقوماتها.

ثانياً: أن النص المطعون فيه -وإن كان عقابيا- إلا أنه خلا من بيان الأفعال التى أثمها فى شأن رئيس الحزب، والتى يعتبر إتيانه لها واقعا فى دائرة التجريم. وإنما جعل مسئولية رئيس التحرير الجنائية -وفى الحدود المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ع - أصل تتفرع عنه مسئولية رئيس الحزب -المدعى فى الخصومة الدستورية- جنائيا. وجاء بذلك مخالفاً للدستور، ذلك أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور، تفترض شخصية المسئولية الجنائية، فلا يزر الشخص غير سوء عمله، ولا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، ولا يكون مسئولاً عن الجريمة، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ثالثاً: أن تحديد الأفعال التى كان ينبغى أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائى، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة للمهام التى ناطها الدستور بها. وتوجبها مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية، التى تفصل على ضوئها فيما إذا كان الفعل المؤثم قانوناً فى نطاق جريمة النشر، ينال من الدائرة التى لا تتنفس حرية التعبير عن الآراء إلا من خلالها، أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها. ذلك أن الدستور كفل للصحافة حريتها بما يحول -كأصل عام- دون التدخل فى شئونها، أو إرهاقها بقيود تؤثر فى رسالتها.

رابعاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن جرائم النشر التى تقع من خلال الصحيفة الحزبية، تتعلق أساسا وابتداء برئيس التحرير؛ وبالمدعى إلحاقاً كرئيس للحزب الذى يملك تلك الصحيفة- وبوصفهما فاعلين أصليين لها. وإذ كان هذان المتهمان مجابهين بهذه الجرائم بافتراض أن لهما دوراً فى إحداثها، وأنها عائدة إلى تخليهما عن واجباتهما؛ فقد غدا لازماً أن يكونا متكافئين فى وسائل دفعها. غير أن النص المطعون فيه، جرد رئيس الحزب من وسائل الدفاع التى يقيل بها التهمة المنسوبة إليه، واكتفي بأن تدلل النيابة العامة على مسئولية غيره ممثلاً فى رئيس التحرير، لتقوم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب ترتيباً عليها، وفى إطارها.

وهو ما يعنى أن رئيس الحزب صار -فى نطاق مسئوليته الجنائية الشخصية- تابعاً لغيره فى أمر يرتبط بحريته الشخصية التى لا يجوز تقييدها بأفعال يأتيها الآخرون، ويكون مصيره معلقا عليها. وآية ذلك أن النص المطعون فيه يقيم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب

فى الحدود التى تنهض بها المسئولية الجنائية الشخصية لرئيس التحرير. فإن هو هدمها، أفاد رئيس الحزب من سقوطها، وإلا تحمل تبعاتها كاملة. وهو ما يعتبر تمييزاً جائراً بين المتهمين فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها وفقاً للدستور، وعلى الأخص علـى صعيد محاكمتهم بطريقة منصفة فى مقوماتها وضوابطها، تتكافأ من خلالها فرصهم فى مواجهة الاتهام الجنائى ونفيه، مما يخل بمساواتهم أمام القانون وفقاً لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن المسئولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحـزب، هى فى حقيقتها نوع من المسئولية بطريق القياس Punishment by analogy. فقد ألحق المشرع مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسيجها، وأضافها إليها لتتبعها ثبوتاً ونفياً، وليحيلها إلى مسئولية مفترضة فى كـل مكوناتها وعناصرها.

فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع (Material element)، ناهيـاً رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، ولا على إرادته الواعيـة (Mental element)، التى تدل على توجهها وجهة إجرامية بذاتها، لبلوغ أغراض بعينها.

وإنما جعل المشرع مسئولية رئيس التحرير دون غيرها، موطئـاً لمسئولية رئيس الحزب، ودليلاً عليها. بل وبديلاً عن ثبوتها، تنهض معها وتزول بزوالها. بما يؤكد تضـامم هاتين المسئوليتين، وأنهما فى حقيقتهما مسئولية واحدة، هى تلك التى تقوم فى شـأن رئيس التحرير، وحملاً عليها.

سادساً: أن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افـتراض مؤداه، أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده، يستقل بأمورها ويهيمن عليها، وأن إهمالاً وقع منـه فى مجال تقييم ما ينشر بها. وهو افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء، وتأباه العدالة الجنائيـة ويناهض مقوماتها وقواعد إدارتها. وذلك من وجهين:

أولهما: أن هذا الافتراض يعنى ألا تنشر مادة فى الصحيفة الحزبية إلا بعـد عرضـها عليه، ليقوم بتقييمها وفقاً لمعايير ذاتية يستقل بتقديرها ومراجعتها، ويعبر من خلالـها عـن توجهه الخاص، لينفرد بالصحيفة الحزبية محدداً إملاء ما ينشر فيها. ومن ثم يغدو اختصـاص رئيس التحرير منعدماً فى نطاقها، وتصير مسئوليته عنها لغواً.

وهو ما يناقض التنظيم العقابي القائم على أن مسئولية رئيس التحريـــر وفقـاً للنـص المطعون فيه، هي الأصل، وإن إثباتها مؤداه أن تنهض معها -بقوة القانون- مسئولية رئيـس الحزب التي تتفرع عنها.

ثانيتهما: أن هذا الافتراض لو صح في رئيس الحزب، لكان مؤداه أن تقـوم مسـئوليته الجنائية استقلالاً عن غيره، ولصار لازماً أن يتولي بنفسه مراقبة مادة النشر في كل جزئياتها، وأن يتخلّى بذلك عن واجباته الحزبية التي تقتضيه العمل على أن يكون حزبه أعرض قـاعدة، وأكثر نفوذاً، وأبعد تطوراً، وأعمق فهماً لآمال أنصاره وطموحاتهم.

سابعاً: أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قـانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤداه تجريدها من قـوة نفاذهـا، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها، وامتناع متابعة الاتهام الجنـائي بمناسـبة تطبيقها.

وكذلك فصم العلاقة التي فرضتها هذه الفقرة بين مسئولية رئيـس الحـزب الجنائيـة، ومسئولية رئيس التحرير، فلا يمتزجان أو يتضامنان.

المطلب الثالث

قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء

فـرع وحيد

مناط مسئولية من يعرض للبيع شيئا فاسدا من أغذية الإنسان

٦٩٥- فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذيـة وتنظيـم تداولـها، الأحوال التي يقوم بها عوار مؤدٍ إلى تلفها، ويكون مانعـاً مـن تداولـها، وقاطعـاً بانتفـاء صلاحياتها لاستهلاكها آدمياً، وهي أحوال حددها هذا القانون حصراً.

وإذ قدم أحد المتهمين إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسـان [لحوماً] مع علمه بذلك؛ وكان المحضر الذي حرره مأمور الضبط القضائي يتضمن عرضـه للبيع لحماً ذبح خارج المجزر العام، واعتبر لذلك غير صالح آدمياً للتنـاول، عمـلاً بـالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦؛ فقد طعن المتهم علـى هذه الفقرة طالباً الحكم بعدم دستوريتها.

وقد أجابته المحكمة الدستورية العليا إلى طلبه، وقام حكمها في ذلك على مايأتي:

أولاً: الأصل فى الأغذية على اختلافها، هو خلوها من أمراضها؛ فــلا تخــرج عــن طبيعتها لغير أمر عارض يصيبها فى مكوناتها، بما يغير من تركيبها وخواصــها الطبيعيــة. وهذا العارض ليس إلا صفة تطرأ عليها، ومن ثم يفترض تخلفه لا وجوده. إذ الأصل فى كل صفة عارضة، هو العدم. ولا يجوز بالتالى أن تفترض النصوص القانونيــة عــواراً اتصــل بالأغذية، وافقدها صلاحية استهلاكها آدمياً، إذ يناقض هذا الافتراض الأصـــل فيــها وهــو سلامتها لا تعييبها. وهو أصل لا يجوز أن ينهدم إلا بدليل من الوسائل العلمية ذاتها يوفره أهل الخبرة.

ثانياً: إذ افترض المشرع بالنص المطعون فيه، أن عدم ختم أجزاء اللحوم التى يعرضها أصحابها للبيع، بخاتم المجزر العام، مؤداه تلفها ويقتضى إعدامها؛ وكان هذا الافتراض مبنــاه قرينة قانونية أحل المشرع بمقتضاها واقعة عدم ختم أجزاء الذبائح بخاتم المجزر العام، محــل واقعة قيام عارض بها تنتفى به صلاحية استهلاكها آدميا -وهى الواقعة التى كان يتعيــن أن يدور الدليل حولها لإثباتها أو لنفيها- فإن القرينة التى أحدثها المشرع فى النطـــاق المتقــدم، تكون مجافية لأصل خلو الأغذية جميعها من العوارض التى تعيبها.

وهى تنحي كذلك السلطة القضائية عن اختصاصها المقرر فى شأن التحقق من قيام كــل جريمة تفصل فى ثبوتها أو انتفائها على ضوء أركانها التى حددها المشرع. فضلا عن إعفائها النيابة العامة من واجبها فى تقديم الدليل على وقوع الجريمة التى تدعيها، وإهـــدارا للحريــة الشخصية التى اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً([1]).

المطلب الرابع

قرائن قانونية مخالفة للدستور لتعديها على الحق فى الملكية

٦٩٦- كان المدعى فى الخصومة الدستورية، قد أقام دعواه الموضوعية أمام محكمـــة جنوب القاهرة الابتدائية ضد مصلحة دمغ المصوغات والموازيـــن، طالبــا إلزامــها بدمــغ المشغولات الذهبية التى كان قد قدمها لها، مع استعداده لدفع الرسوم المقررة عليها. ثم دفـــع

([1]) انظر ذلك القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بعدم دستورية المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة التى تنص على ما يأتى([1]):

<<إذا كانت المعادن وغيرها مما هو منصوص عليه فيه، واردة من الخارج، فلا يجوز سحبها من الجمارك أو البريد، إلا إذا كانت مدموغة بدمغة أجنبية معترف بصحتها وفقاً للمادة الثانية من هذا القانون.

فإذا قدمت إلى مصلحة دمغ المصوغات والموازين مباشرة، وجب على مقدم هذه الأصناف إثبات دخولها البلاد بطريقة مشروعة.

فإذا لم يتم ذلك وجب على المصلحة قبل قيامها بفحصها وتحديد عيارها ودمغها، إبلاغ الأمر لجهات الاختصاص مع التحفظ على الأصناف المشار إليها، وإثبات شخصية مقدمها لحين التصرف فيها بمعرفة الجهات المذكورة>>.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه نظراً لورود مشغولات أجنبية مع مواطنين مصريين إلى مصلحة دمغ المصوغات والموازين لفحصها ودمغها مما يثير الشبهات حول مصدرها، ومما يحتمل معه "ارتكاب جريمة من جرائم التهريب الجمركي" لعدم ورودها من الخارج عن طريق الجمرك أو البريد، وحرصاً على الصالح العام، فقد نصت المادة ١٥ من المشروع على أنه يجب على المصلحة المذكورة إبلاغ جهات الاختصاص فوراً بذلك، مع التحفظ على كل ما يقدم إليها من هذا القبيل، وإثبات شخصية مقدمها، لحين التصرف فيها بمعرفة هذه الجهات.

٧٠٠- وقد قضي بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة، وذلك فيما تضمنه من النص على عدم دمغ المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التى تسرى عليها مادته الأولى، والتصرف فيها بمعرفة جهات الاختصاص([2]). وذلك تأسيسا على:

([1]) حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة- المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤- المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التى تسرى عليها أحكامه.

([2]) انظر فى ذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥- القاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣١ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً: أن القواعد الجوهرية التى تدار العدالة الجنائية على ضوئها، لا يجوز تطبيقها إخلالاً بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية، التى ينافيها أن يدان المتهمون بغير جريمة، أو وفق أدلة لا تجيل محكمة الموضوع بصرها فيها، ولا تبلغ منها قوة الإقناع التى تطمئن معها إلى نسبة الجريمة لفاعلها.

ثانياً: أن اختصاص السلطة التشريعية فى مجال إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها، لا يخولها التدخل فى المجال الجنائى لفرض قرائن قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها علاقة منطقية بالنتائج التى رتبتها عليها. إذ لا يعدو ذلك منها، أن يكون إحلالاً لإرادتها محل السلطة القضائية، لتنحيها عن وظائفها الأصلية فى تحقيق الدعوى الجنائية وتقدير أدلتها فى شأن جريمة بذاتها لا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التى تطلبها المشرع فيهما.

ثالثاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن التقدم مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة بمشغولات ذهبية لفحصها وتحديد عيارها ودمغها، يفترض دخولها إلى مصر عن غير طريق البريد أو المنافذ الجمركية. وهو ما يعنى تهريبها إليها. حال أن تقديمها مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة من أجل دمغها، لا يفيد بالضرورة عبورها الحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية عن غير طريق منافذها التى ترصد فى محيطها البضائع الواردة، وتقدر مكوسها.

كذلك فإن عدم تقديم حائزها الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع، لا يفيد سبق تهريبها، بنشاط أتاه، ولا علمه بتهريبها لو أن غيره كان مسئولا جنائيا عن التحايل على النظم الجمركية المعمول بها.

ذلك أن المعادن الثمينة، شأنها شأن غيرها من البضائع الواردة، تحكمها قاعدة مبدئية مفادها أن البضائع التى يتم التعامل فيها فيما وراء الحدود الخارجية للدوائر الجمركية، يفترض مرورها عبرها، وتحصيل مكوسها أثناء وجودها فى نطاقها، ثم خروجها منها بعد استيفائها لإجراءاتها.

يؤيد ذلك أن جريمة التهريب الجمركى من الجرائم العمدية التى لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها. ولا تعتبر الشبهة التى تحيطها، عملاً مادياً أتاه جان؛ ولا اتهاما جنائيا تتساند فيه القرائن، بل تصوراً راجحاً أو مرجوحاً، وهى بذلك إلى الظن أدخل،

وإلى التوهم أدنى، ومن اليقين أبعد. ولا محل بالتالى لإسنادها إلى من يتعاملون فى بضـــائع فيما وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية. ذلك أن نقلها بعد خروجها منها، وكذلك حيازتها ممن لا يقوم الدليل على اتصالهم بتهريبها، عمل جائز قانوناً. والقول باحتمال أن يكون حائزها عندئذ مهربا، ادعاء بلا دليل، لا ينقض افتراض البراءة، ولا يجهض ما هو مفترض من سبق أداء مكوسها.

رابعاً: أن أصل البراءة مفترض فى كل متهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستنبط من عيون الأوراق وبموازين الحق، وعن بصر وبصيرة.

وإذ كان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلـــق بطبيعـــة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها؛ وكان هذا الأصل ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التى تسبقها وتؤثر فيها؛ وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود فى شأن المعادن الثمينة مؤداها غل يد حائزيها -الذين لا يقيمون الدليل على دخولها إلـى مصر بطريق مشروع- عن تداولها سواء من خلال تحفظ جهات الاختصـــاص عليـــها، أو بمنعها أصحابها من التعامل فيها؛ وكان المفترض فى هؤلاء الحائزين، أنهم أسوياء استصحاباً لأصل براءتهم، شأنهم فى ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين يظلهم جميعاً هذا الأصل، فلا ينقض إلا بحكم يكون باتاً؛ فإن النص المطعون فيه، يكون بذلك متضمناً تمييزاً غير مبرر بين أولئك وهؤلاء، ومخالفاً بالتالى لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن الدستور -إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإســـهامها فـــى صون الأمن الاجتماعى- كفل حمايتها لكل فرد -وطنيا كان أم أجنبيا- ولم يجز المساس بـــها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة- فى الأعم مـــن الأحوال- إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها.

سادساً: أن السلطة التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الملكية لضبطها وفقاً لوظيفتـــها الاجتماعية، حدها قواعد الدستور؛ فلا يجوز أن ينال المشرع من عناصرها؛ ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها؛ ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها؛ أو يقيـــد مـــن مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. ودون ذلـــك تفقد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية التى كفلها الدســـتور بالمـــادتين ٣٢ و٣٤، ويكـــون العدوان عليها غصباً وافتئاتاً على كيانها، أدخل إلى مصادرتها.

سابعاً: أن القيود التى فرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون. وهى بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدارة أموالهم، بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها.

وفى كل ذلك تنال هذه القيود من ملكيتهم، وتقوض أهم خصائصها، لتكون -فى مضمونها وأثرها- صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع عليها -بعيداً عن صدور حكم قضائى بها- بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التى تتغيا أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المتفرعة عنها، لتظل أيديهم متصلة بها، لا تغل عنها، ولا ترد عن حفظها وإداراتها، بل يحيط ذووها بها، وبأشكال من التعامل يقدرون ملاءمة الدخول فيها؛ وكان هذان الإجراءان -وهما التحفظ على المشغولات الذهبية إلى أن تباشر جهة الاختصاص تصرفها فيها- مترتبين على افتراض المشرع تهريبها، وينتهيان إلى غل يد مالكها عن إدارتها والتعامل فيها، فإنهما بذلك يمثلان عدواناً على الملكية الخاصة التى كفل الدستور صونها.

الفصل الثالث

امتناع الإخلال بالحقوق

التي كفلها الدستور للمشبوهين والمتهمين

المبحث الأول

ضمان الحق في الحصول علي مشورة محام([1])

٦٩٧- ثمة روابط حقيقية وأصيلة بين حق المتهم في الاستماع إليه، وبين أن يتم هذا الاستماع عن طريق محاميه في وجوده. ويتعين بالتالي أن يوفر المشرع الفرص الحقيقية التي يؤمن بها محاميا يتولي الدفاع عن المتهم.

فإذا كان المتهم من المعوزين الذين لا يملكون مالا كافيا يدفعونه أتعابا لمحاميهم، فإن علي المحكمة أن توفر لهم محامين يندبون من قبلها Appointed Counsel للدفاع عنهم([2]) وسواء كان المحامي معينا أو مأجورا"، فإن الحق في الحصول علي مشورة محام يعتبر صمام أمن يكفل لكل متهم ضمانة الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية. وبدونه لن تتحقق للعدالة مفاهيمها أو متطلباتها. ولا يجوز بالتالي أن توفره المحكمة في زمن دون آخر، أو في أوضاع غير ملائمة يعجز معها المتهم عن مواجهة التهمة بطريقة فعالة.

ذلك أن المتهمين يكونون عادة من أوساط الناس الذين لا يدركون الحقائق القانونية الكافية التي تعينهم علي مواجهة الاتهام. فإذا أدركوها في بعض جوانبها، فإن معرفتهم بها تكون قاصرة لا تؤهلهم لإعداد دفاع مقتدر، وعلي الأخص بالنظر إلي تعقد بعض صور الاتهام أو خفاء جوانبها أو تشابكها، أو حتى اضطرابها، فلا يستقيم فهمها لغير رجال القانون الأعمق خبرة. وما لم يسقط المتهم حقه في الحصول علي مشورة محام عن بصر وبصيرة Competently and intelligently waived، فإن هذا الحق يظل قائما.

ذلك أن أقل الأضرار مساسا بالحرية الشخصية، شأنها شأن أسوئها وقعا عليها. كلاهما ينال من مركز المتهم بين أهله، وفي إطار الجماعة التي هو من أفرادها.

ولا يجوز كذلك ربط ضمانة الدفاع بالأوضاع الخاصة التي تحيط ببعض الجرائم، وحجبها بالتالي عن سواها. إذ لو صح هذا النظر لصار إعمال هذه الضمانة أو رفعها، عملا

([1]) Powell v.Alabama, 287 U.S. 45 (1932).
([2]) Johnson v.Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

انتقائيا قائما علي التحكم، وعلي نوع من التقييم لأهمية أو لضرورة الدفاع في دعوى بذاتها. وهو ما ينحل تقديرا شخصيا من المحكمة في مسألة لا شأن لها بها، بحكم اتصالها المباشر بالحق في استعمال هذه الضمانة أو إسقاطها، وهو حق يختص به المتهم دون غيره.

٦٩٨- ومن المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى؛ ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التى يدعونها؛ ولا فى اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها. بل يجب أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة، سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استئدائها، أو الطعن فى الأحكام التى تتعلق بها.

وضمانة الدفاع مطلوبة فى المسائل المدنية والجنائية، ولكنها أكثر وجوبا فى المسائل الجنائية. ذلك أن الوسائل التى تملكها سلطة الاتهام فى مجال إثباتها للجريمة تدعمها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها؛ ولا يوازنها إلا افتراض البراءة مقرونا بدفاع مقتدر، لضمان ألا يدان متهم عن جريمة اتهم بارتكابها، ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها.

ولا يجوز بالتالى إسباغ الشرعية الدستورية على نصوص عقابية لا تتكافأ معها وسائل الدفاع التى أتاحتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها. فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها ونفيها.

٦٩٩- وما نص عليه الدستور فى المادة ٦٨ من ضمان حق الدفاع -سواء من خلال الأصلاء فيه أو عن طريق موكليهم- يفترض ألا يكون دور المحامين شكليا أو رمزيا. بل فاعلا، فلا يعاق.

ذلك أن الدستور كفل الحرية الشخصية واعتبرها من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وتفرض القوانين الجزائية على هذه الحرية أكثر القيود وأبلغها خطراً. ويتعين بالتالى أن تكون ضمانة الدفاع أداة موازنة هذه الحرية بالقيود عليها، حتى لا تراق الحرية الشخصية من خلال نظم جائرة لا تكفل لها الحد الأدنى من ضماناتها.

ويؤيد ما تقدم، أن المتهمين من أوساط الناس Laymen يختلفون في فهمهم للقانون عن المحامين المدربين الذين يرتبون حججهم وأوجه دفاعهم، ويقفون علي ما نقص في أوراق التحقيق، وعلي أوجه اضطرابها، ويدركون كذلك تناقض شهود الجريمة في أقوالهم، أو تلونهم خوفا من السلطة أو تحاملهم علي المتهم بالنظر إلي خصائص الجريمة التي ارتكبها أو كرد فعل لتقبل الجماهير لها أو غضبهم منها، أو لضغائن سابقة أو لمصلحة يرجونها.

كذلك ينفذ المحامون إلي كل ثغرة في النصوص القانونية ذاتها، ويفيدون من كل حق مقرر بها، ويناقشون أوضاع الجريمة وظروفها خاصة المخففة منها، ويقدمون من أوجه الدفاع أكفلها لمصلحة المتهم، ومن الأعذار ما يلطفون به من سوء الجريمة([1])، ويعرضون نقاء سريرة المتهم وحسن ماضيه قبل ارتكابها، ويقفون علي بطلان كل دليل يثبتها.

فإذا لم يمثل محام للدفاع عن المتهم، تعذر القول بأن دعواه تم عرضها بصورة ملائمة.

وكثيرا ما يبدو المتهمون الذين يتولون الدفاع عن أنفسهم، وكأنهم مدانون، فلا يكون حضور محامين عنهم غير ضمان للحرية المنظمة، وضرورة تقتضيها حقائق العدل؛ وواجبا لا ترفا، يؤيده أن الدولة تعين أعضاء النيابة للدفاع عن مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة. والمتهمون يكلفون محامين يدفعون أتعابهم، بالدفاع عنهم. وهؤلاء وهؤلاء لا تقوم بدونهم محاكمة منصفة في كافة الدول المتحضرة، ويقفون أمام القانون متكافئين في الحقوق. وإلي جانبهم المحامون الذين تعينهم المحكمة للمعوزين من المتهمين([2])، ليعمل هذا الفريق المتعدد العناصر في إطار منظومة متكاملة غايتها أن تكون الحقيقة -وعلي الأقل في صورتها الراجحة -مدخلا للحكم الصادر في الجريمة، سواء بإثباتها أو نفيها.

وبغير المحامين فإن مخاطر الإخلال بالحرية الشخصية وبالحق في الحياة التي يتهدد بها المتهمون بجناية، تكون وخيمة عواقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين الجرائم التافهة Petty offences التي لا يشترط وجود محام فيها؛ وبين الجرائم الخطيرة Non-petty offences التي يكون تقييد الحرية الشخصية فيها أو الحكم بغرامة كبيرة في شأنها، احتمالا راجحا بغض النظر عن نوع العقوبة أو المدة المقررة لها في قانون الجريمة([3]).

ولئن صح القول بأن جرائم المرور تدخل في إطار الجرائم التافهة، إلا أن الجرائم الخلقية جميعها كالسرقة وخيانة الأمانة، ومواقعة امرأة بالقوة، وخطفها، وجرائم الإخلال بالعرض بوجه عام، تعتبر جرائم خطيرة يتعين حضور محام فيها عن المتهمين بها.

([1]) فلو قتل رجل امرأة، فإن المحامي قد يتمسك أمام المحكمة بأن قتلها كان اندفاعا عاطفيا غلب المتهم علي أمره.

([2]) Gideon v.Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

([3]) Argersinger v.Hamlin, 407 U.S. 25 (1972)

بقرار الحكم الصادر في هذه القضية، أن الجرائم البسيطة التي لا تقيد فيها الحرية الشخصية أو التي تكون الغرامة المقررة لها تافهة، لا تستوجب حضور محام.

بل إن حضور محام في هذا النوع من الجرائم، يعتبر أكثر أهمية من محاكمتهم أمام هيئة محلفين([1]).

وللمعوزين كذلك الذين يرغبون في الطعن استئنافيا علي الحكم الصادر ضدهم، حق في الحصول من الدولة -وعلي نفقتها- علي كافة أوراق الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته التي تعينهم علي إعداد الطعن. ذلك أن مساواتهم بالقادرين لا يجوز أن تختل بناء علي الثروة التي يملكها كل فريق منهم([2]).

كذلك فإن تكافؤ الفريقين في الحقوق يقتضي أن يكون لكليهما حق في الحصول علي عون محام يعمل جاهدا علي هدم الحكم المطعون فيه، ويسقط بالتالي العقوبة التي قضي بها. فضلا عن أن حضور المحامي، يعتبر حقا في المرحلة الحرجة الواقعة بين القبض علي المتهم واتهامه فعلا. وحق المتهمين في ذلك حق مطلق، وعلي الأخص أثناء استجوابهم من قبل الشرطة. بل إن حضور المحامين عنهم أو معهم، يعتبر إجراء فعالا وملائما لحمل رجال الشرطة علي الانصياع في تصرفاتهم لحكم الدستور والقانون([3]).

وعلي القائمين بالتحقيق أن يخطروا الأشخاص الذين يشتبهون فيهم، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين إلي أن يحضر محام يمثلهم، وعلي الأخص خلال استجوابهم ليس فقط عن طريق الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة؛ وإنما كذلك من خلال غيرها من الوسائل التي تنتزع اعترافهم، والتي يعرفون أو ينبغي عليهم عقلا أن يعلموا بأنها علي الأرجح تحملهم علي الإدلاء بأقوال تدينهم([4]).

٧٠٠- ولئن كان للمشرع حق تحديد القواعد الإجرائية التي تفصل المحكمة علي ضوئها في الاتهام؛ وأن يغاير كذلك فى صورها على ضوء الأوضاع التى تواجهها، والأشخاص الذين تنطبق عليهم، وواقعاتها التى تتعلق بها؛ إلا أن شرط هذا التحديد أو التغيير، ألا يكون منتهيا إلى تمييز غير مبرر بين المخاطبين بها، ولا إلى التفريق بينهم فى ضماناتهم، وعلى الأخص تلك التى تتعلق بحقوق الدفاع.

ذلك أن كل قاعدة إجرائية ينظم بها المشرع الفصل فى الاتهام الجنائى، ينبغى أن تؤمن لكل متهم، ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية التى يتحرر بها من طغيان السلطة، أو إساءة استعمالها.

([1]) Scott v.Illinois, 440 U.S. 367 (1979).
([2]) Griffin v.Illionis, 351 U.S. 12 (1956).
([3]) Miranda v.Arizona, 384 U.S. 436 (1966).
([4]) Rhode Island v.Innis, 446 U.S. 291 (1980).

وليس ثمة قاعدة أكثر ثباتا وأعمق جذوراً من ضرورة أن يكون الاتهام الجنائى معرفا بالتهمة بصورة كافية، وأن يبين أدلتها، فلا يخفيها أحد عن المتهم المقصود بها؛ وأن يتوافر لكل متهم الفرص المعقولة التى يعرض من خلالها وجهة نظره فى شأن الجريمة العالقة به.

وإذا كان من غير المقبول دستورياً، أن يدان شخص عن جريمة لم يتهم بارتكابها؛ فإن المبدأ الكامن وراء هذه القاعدة، يعمل بالقوة ذاتها فى شأن كل اتهام بلا دفاع.

٧٠١- وصار حق الدفاع وثيق الصلة بالخصومة الجنائية من ناحية تجلية جوانبها. وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض الجريمة التى بسطها الاتهام من جهة توافق الادعاء بارتكابها مع المنطق، أو توافر نموذجها وفقاً للقانون. والدفاع بذلك يعمل دأبا على بيان وجه الحق فى الجريمة المدعى بها؛ متعقباً كل حجة تطرحها سلطة الاتهام لإثباتها؛ متقصياً أدلتها على ضوء جوازها قانوناً، وإمكان الاستدلال عقلا بها؛ مفاضلاً بين بدائل متعددة يقرر على ضوئها خطوط الدفاع عن المتهم، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق؛ متخذاً فى ذلك طرائق مختلفة، تتحدد أولوياتها على ضوء أوضاع الخصومة الجنائية، ومراحل سيرها، ومفاجآتها؛ مهتبلاً كل الفرص التى يدعم من خلالها مركز المتهم ويقويه، وعلى الأخص كلما كان الاتهام الجنائى متعدد العناصر ومتشابكا، تتداخل فيه نقاط قانونية بالغة التعقيد لا يحيط بها غير رجال القانون فى أعمق خبراتهم.

والدفاع فى كل ذلك، لا يكون فعالاً بغير مهلة معقولة لإعداده؛ ولا منتجاً بغير إنباء المتهم بالشهود والوثائق التى أعدتها سلطة الاتهام للتدليل على الجريمة وإثباتها؛ ولا مفيداً إذا لم يكن الحق فى مناقشتهم، ثابتا؛ ولا جديا إذا لم يستطع الدفاع- من خلال وسائل إجرائية إلزامية- أن يؤمن لمصلحة المتهم الشهود الذين ينفون الجريمة، وينتقيهم وفق اختياره أيا كان موقعهم من الجهة التى يعملون بها؛ ولا صائبا إذا حرم الدفاع من الاطلاع على كافة الأوراق التى تعضد بها النيابة موقفها من المتهم؛ ولا عدلاً إذا عزل المتهم عن الاتصال بمحاميه، سواء حرم من الاتصال به -بطريق مباشر أو غير مباشر- فى مرحلة الفصل فى التهمة، أو قبلها، أو عند الطعن فى الحكم الصادر فيها.

بل إن حق الدفاع يكون غائبا إذا انحصر فى مرحلة الخصومة الجنائية، دون مراحل التحقيق التى تسبقها، والتى يكون المتهم أثناءها متخوفا من بأس السلطة وبطشها، ومحاولتها التأثير فى تماسكه، وكأن يداً لن تراجعها فيما تفعل، أو تعارض تصرفها المناقض للقانون، خاصة وأن أمر التحقيق لا يتعلق بجريمة قام الدليل عليها، وإنما بجريمة لازال الغموض يحيط بمرتكبها وبظروفها وببواعثها. فلا يكون الماثلون فى التحقيق غير مشتبهين. يلاحقهم

القائمون بالتحقيق بأسئلتهم ويتحفظون عليهم بما يقيد حريتهم الشخصية. وقد يسومونهم عذابا لا قبل لهم به، أو يعرضونهم لضغوط لا يقوون على احتمالها فتنهار إرادتهم.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن "ضمانة الدفاع يقتضيها أن حضور محام عن المتهم، أو معه، كثيراً ما يكون ضرورياً كرادع لرجال السلطة العامة، إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى غفوة الرقابة عليهم أو غيابها.

ومن ثم لا تقتصر القيمة العملية لضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة وحدها، وإنما تمتد مظلتها كذلك -وما يتصل بها من أوجه الحماية- إلى المرحلة السابقة عليها، والتى تؤثر إجراءاتها فى المحصلة النهائية للخصومة الجنائية بعد تحريكها، وبوجه خاص كلما أقر قبل رفعها بما يدينه عن طريق الإغواء أو الخداع؛ أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد انتزاعه من محيطه؛ وتقييد حريته على وجه أو على آخر.

وهو ما حدا بالدستور إلى أن يخول بنص المادة ٧١ كل من قبض عليه أو اعتقل، حق الاتصال بغيره كى يبلغه بما وقع، أو للاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها ممن يختاره من المحامين.

وهى مشورة لا غنى عنها لأنها توفر لمن يحصل عليها سياجاً من الثقة والاطمئنان. فلا يفزع من جهة التحقيق، ولا من أية جهة أخرى غيرها يكون فى قبضتها.

ذلك أن هذه المشورة هى يد محاميه التي يقدمها إليه ليقيل الشبهة الإجرامية التى أحاطت به، وقيدت حريته الشخصية. ويقتضى دفعها، ألا يعزل المتهم عن الاتصال بمحاميه بما يسئ إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائى أو قبله. ذلك أن الحق في الحصول على معونة محام The right to the aid of counsel من الحقوق الجوهرية التي يناقض الإخلال بها شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلى الأخص إذا أحدق الخطر بحياة المتهم وكان جاهلا أميا صغير السن أحاط به جهود عدائي، وكان وجود أصدقائه وأفراد عائلته الذين عزل عنهم، ضرورياً.

فضلا عن أن المتهم بجناية، غالبا ما يكون مضطربا، قلقا على مصيره، إذا أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية الملائمة، بما يهدد حريته الشخصية بأكثر القيود عليها خطرا. وهو ما حرص نص المادة ٢/٦٨ من الدستور علي توقيه بما قرره من أن يكون لكل متهم بجناية محام يدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه. فإذا لم يكن المحامي -معينا أو

مأجورا –ماثلا مع المتهم، فإنه قد يدان بناء على قرائن غير متضافرة، أو على ضوء أدلة متهافتة، أو لا يجوز قبولها، أو لا شأن لها –في مضمونها– بالجريمة المدعى ارتكابها([١]).

وكلما أصر المتهم علي أن يكون محاميه ماثلا وقت استجوابه، فإن هذا الإجراء يصير موقوفا حتي حضوره، ما لم يبادر المتهم طواعية إلي الرد علي أسئلتهم قبل وصول محاميه([٢]). وكلما زرع رجال الشرطة بعناية مخبرين في زنازن من يشتبهون فيهم توصلا للحصول منهم علي أقوال تدينهم قبل محاكمتهم، اعتبر ذلك إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة إذا حصل المخبرون علي هذه الأقوال بالخداع، فإذا كانوا قد تحصلوا بطريقة عرضية علي بعض ملاحظاتهم في شأن الجريمة Unsolicited Remarks، جاز الأخذ بها([٣]).

المطلب الأول

فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

٧٠٢– وحق المتهم في الحصول علي محام في الجرائم الخطيرة، ليس حقا رمزياً دائراً في فراغ، ولا هو شكلية نطلبها وإنما جوهره تلك المعونة الفعالة التي يتوقعها المتهم من محاميه وفق مستوياتها التي تكفلها أصول مهنة المحاماة.

The right to counsel, is the right to the effective assistance of counsel.

ويعتبر إخلالا بهذا الحق ليس فقط مجرد تدخل السلطة بوسائل مختلفة لمصادرة حق محامي المتهم في الاتصال بموكله، أو لحمله علي أن يقدم دفاعا غير ملائم. وإنما كذلك إذا أضر الدفاع بصورة خطيرة بمركز المتهم، سواء تحقق هذا الضرر أثناء التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة ذاتها([٤]).

وليس كافيا لجحد فعالية دور محام، مجرد أن يكون قد أخطأ، وإنما يتعين أن يكون هذا الخطأ منافيا الضوابط المعقولة التي تفترضها أصول هذه المهنة فيمن يتولونها

---

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" – جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ – قاعدة رقم ٣٧ – ص ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

– انظر إلى Powell v. Alabama 287 U.S. 45 (1932)

(2) Edwards v.Arisona, 451 U.S. 477 (1981), Oregon v.Bradshow, 462 U.S. 1039 (1983).

(3) United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Maine v.Moulton, 474 U.S. 159 (1985).

(4) Geders v.United States, 425 U.S. 80 (1976).

Reasonableness under prevailing professtional norms. ويفترض أصلا قيام المحامي بمهامه هذه، ما لم ينقض هذا الافتراض بدليل([1]).

٧٠٣- ولا تتحقق فعالية المعونة التي يقدمها المحامي للمتهم، بمجرد حضوره. وليس لمحام كذلك أن يمثل متهمين تتعارض مصالحهم([2]). ذلك أن هذا التعارض قد يمنع محاميا من الطعن لمصلحة أحد المتهمين بعدم جواز قبول دليل معين، إذا كان قبول هذا الدليل مفيدا أو مجزيا لغيره من المتهمين. كذلك لا يتكافأ دور المتهمين في الجريمة. فإذا أراد محام أن يقلص دور أحدهم، كان عليه أن يلقي باللائمة علي غيره بالنظر إلي دوره الأكبر فيها. ويظل واجباً على المحكمة -إذا أثار محام أمامها موضوع التعارض المحتمل بين مصالح المتهمين الماثلين أمامها- أن تحققه بنفسها. فإذا تبين لها أن وجود هذا التعارض بعيد الاحتمال، نحته جانباً، وإلا كان عليها أن تأذن أوأن تعين محاميا مستقلاً([3]).

ولا ينال من فعالية المعونة التي يقدمها المحامي، خطأه في تحصيل واقعة الجريمة أو في بيان حكم القانون بشأنها، كلما كان هذا الخطأ غير جسيم Ordinary error. ولا يجوز كذلك نقض الحكم الصادر في الاتهام بناء علي هذا الخطأ.

ويتعين دوما تقييم فعالية المحامين في أداء واجبهم علي ضوء سلوكهم. فإذا برهن المتهم علي أن محاميه أتي خطأ جسيما A serious error أثناء محاكمته بما يثير شكوكا خطيرة حول إنصافها ومحصلتها النهائية، كان الحكم الصادر فيها معيبا([4]). ولا كذلك خطأ محاميه إذا كان غير ذي أثر على قضاء الحكم، وهو ما يتحقق إذا كان الحكم مجرد تطبيق صحيح لحكم القانون على ضوء أوراق الخصومة القضائية وأدلتها.

وتفترض معقولية أداء المحامي لواجباته، ما لم يقم دليل علي عكسها([5]). ويتحقق هذا الدليل إذا أنزلق الدفاع إلى أخطاء جسيمة يكون من أثرها إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة([6]) كأن يطعن المحامي في الحكم الصادر ضد موكله بعد فوات ميعاد الطعن([7]). ولا كذلك أن يكون محاميه قد أعد الدفاع خلال فترة قصيرة، أو ألا يكون من الخبراء البارزين في

([1]) Strickland v.Washington, 466 U.S. 668 (1984).
([2]) Glasser v.United States, 315 U.S, 60 (1942).
([3]) Holloway v. sullivan 44.6 U.S 335 (1980).
([4]) Mann v.Richardson, 397 U.S. 759 (1970).
([5]) Strickland v.Washington, 466 U.S. 668 (1984) at 689.
([6]) United States v.Cronic, 466 U.S. 648 (1984).
([7]) Evitts v.Lucey, 469 U.S. 387 (1985).

القانون الجنائي. وإنما يكفي أن يعد الدفاع -وسواء كان محاميا معينا أو مأجوراً- Appointed or retained على وجه ملائم، لتكون يده مرشدة لموكله Guiding Hand.

ويفترض ذلك إخطار المتهم بالتهمة وسماع أقواله في شأنها، بوصفهما جوهر النظم الاختصامية للعدالة الجنائية، ولأنهما معاً خطوتان ضروريتان لإصدار حكم في شأن الاتهام يكون قابلاً للتنفيذ. وتكملهما خطوة ثالثة تقتضي نظر الاتهام عن طريق محكمة لها ولاية الفصل فيه، ولها من ضماناتها ما يكفل استقلالها وحيدتها.

المطلب الثاني
وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

٧٠٤- وسماع المتهم عن طريق محاميه يعطي كل قيمة للحق في الدفاع. فالقواعد المتعلقة بالشهادة السماعية، وبالقصد الجنائي، تكاد تكون مغلقة علي غير المحامين. وحتي المبتدئين منهم أفضل من آحاد الناس الذين لا يفطنون إلي الحقائق القانونية، ولو أحاطوا بقدر غير قليل من الثقافة. فإذا مثل المتهم أحد من العوام، قصر فهمه عن أن يحيط بعناصر الخطأ في قرار الاتهام، وبنوع الأدلة التي يجوز قبولها، وبوسائل مناقشتها ودفعها، حتي بافتراض صحتها؛ واتصالها بالخصومة الجنائية وانتاجها في إثباتها.

وبغير إرشاد محاميه، قد يدان متهم لم يسهم بشئ في الجريمة([١]). وفي ذلك إهدار لشرط الوسائل القانونية السليمة بمعناها في الدستور. وهو شرط يناهض كذلك تعريض الأبرياء لمخاطر إدانتهم بصورة متزايدة إذا كانوا فقراء لا يملكون قوتهم، ولا يستطيعون بالتالي توكيل محام عنهم. بل إن حرمانهم من هذا الحق في الجرائم الخطيرة، يصدم حقائق العدل في مفهومها الشامل The Universal sense of justice. وصار هذا الحق ساريا في الدول الفيدرالية حتي داخل ولاياتها.

وهذه الحقيقة الواضحة التي يتكافأ الفقراء والاثرياء في مجال الحصول علي محام يعاونهم في مواجهة الاتهام، تفرض نفسها علي كل محاكمة يعتبر إنصافا مدخلا لصحتها. وصار هذا الحق بالتالي من الحقوق الجوهرية A fundamental right التي لا يجوز أن تجحدها أية محكمة على المتهم بما يخل بحقه في الحياة، أو في الحرية أو في الملكية، مالم يكن هو قد نزل اختياراً عن هذا الحق بعد إدراكه لأبعاده من كافــة أوجهها.

The intellegent choise of the defendant.

([١]) Powell v.Alabama, 287 U.S. 45 (1932) at 68-69.

ومثل هذا النزول لا يفترض، وإنما يتعين على المحكمة أن تقرره نفسها قبل أن تنظر الدعوى الجنائية أو توالي نظرها.

٧٠٥- وانتهاج الدساتير المصرية لهذا الخط العام، مرده أن التفريط في ضمانة الدفاع يقارنها بالضرورة ضياع العدالة ذاتها. ويفترض ذلك أن يكون المتهم قد قبل بمحاميه، سواء كان مأجورا أو معينا([1]).

ويتعين بالتالى أن توفر المحكمة لكل متهم الفرصة الكافية لاستخدام محام بأجر. فإذا كان معسراً، كان على الدولة أن توفر محاميا من مواردها يواجه الجناية التى اتهم بارتكابها.

وهو يقبل محاميها ما لم يعترض على تمثيله له بناء على أسباب مقنعة. بل إن حق المتهم فى اختيار محام فى الدول الفيدرالية، يخوله أن يطلب عون محاميه أمام المحكمة الفيدرالية التى تقاضيه، ولو لم يكن مقيداً فى جدول المحامين بالولاية التى تتخذها هذه المحكمة مقراً لها.

المطلب الثالث
نطاق تطبيق ضمانة الدفاع

٧٠٦- وتكفل دساتير الدول المختلفة ضمانة الدفاع لكل متهم فى الجرائم الخطيرة. ذلك أن هذه الضمانة هي التي توفر لكل متهم الدفاع الملائم، وعلى الأخص إذا كان الاتهام معقداً متداخل العناصر، وكان تحيز المحكمة ضد المتهم، ظاهراً([2]).

ومن ذلك ما ينص عليه التعديل السادس للدستور الأمريكى [١٧٩١] من وجوب أن يحاط المتهم بطبيعة التهمة وسببها The nature and cause of the accusation؛ وأن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وأن يأتي بشهود لمصلحته من خلال وسائل جبرية، وأن يحصّل على عون محام.

وتنص المادة ١/١٠٣ من القانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٣٢مايو ١٩٤٩] على أن لكل فرد حقّا فى الاستماع إليه أمام المحاكم، ووفقاً لإجراءاتها القانونية. وتقضى المادة ٢٤ من دستور الجمهورية الإيطالية [١٩٤٧/١٢/٢٧] على أن "حق اللجوء إلى القضاء مخول للناس جميعهم، وذلك من أجل الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ولا يجوز الإخلال بحق الدفاع فى أية مرحلة إجرائية من مراحل التقاضى. وتقرر نظم خاصة القواعد

([1]) Faretta v.California, 422 U.S. 806 at 832-833 (1976).
([2]) Towsend v. Burke, 334 U.S. 736 (1948); Plamer v Ashe, 342 U.S. 134 1951.

التى تكفل لكل المعوزين وسائل اللجوء إلى المحاكم جميعها، والدفاع عن حقوقهم أمامها. وينظم القانون شروط وأوضاع مساءلة السلطة القضائية عن أخطائها".

وعملاً بنص المادة ٢/٤٨ من دستور روسيا الفيدرالية([1])، يكون لكل شخص قبض أو تم التحفظ عليه، أو اتهم بجريمة، حق فى الحصول على مشورة محام، وذلك اعتباراً من لحظة القبض أو التحفظ أو توجيه الاتهام.

وتفترض المادة ٤٩ من هذا الدستور براءة كل شخص اتهم بجريمة، ما لم يكن قد أدين بسببها بعد التدليل عليها وفقا للقانون؛ وبمراعاة أن براءة المتهم من الاتهام الجنائي، لا يجوز إثباتها بغير حكم قضائى حاز قوة الأمر المقضى.

وفى مصر، نظم الدستور حق الدفاع، كضمانة أولية غايتها صون الحرية الشخصية وتأمين الحقوق والحريات جميعها، سواء فى ذلك تلك التى نص عليها الدستور، أو التى كفلها المشرع.

وجاء نص المادة ١/٦٩ من هذا الدستور قاطعا بأن حق الدفاع أصالة، أو بالوكالة، مكفولان. ثم أعقب ضمانة لهذين الحقيين بخطوة أبعد توخى بها -وعلى ما جاء بالمادة ٢/٦٩- أن تكفل الدولة لغير القادرين ماليا، وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، حتى يؤمن لهؤلاء طرق اقتضاء الحقوق التى يطلبونها، والانتفاع بحرياتهم التى يسعون لضمانها.

وتنظر المادة ٦٧ من ذلك الدستور، إلى ضمانة الدفاع كإطار للفصل فى كل اتهام جنائى. وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها:

<<إن الحرية فى أبعادها الكاملة، لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التى تؤمن بها الجماعة فى اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفى بالتالى أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام، توازنها وتردها إلى حدود منطقية. بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها -بل وفى مقدمتها- حق الدفاع بما يشتمل عليه من الحق فى الحصول على مشورة محام؛ والحق فى دحض الأدلة التى تقدمها النيابة العامة إثباتا

([1]) ووفق عليه فى الاستفتاء فى ١٩٩٣/١٢/١٢ ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٣/١٢/٢٥.

للجريمة التى نسبتها إليه، بما فى ذلك مواجهته لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه La protection contre L`auto- incrimination>>([1]).

المطلب الرابع

الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

٧٠٧- وصار حق الدفاع مدخلاً لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم من استبداد السلطة وعسفها؛ وثيق الصلة بالوسائل القانونية السليمة؛ واقعاً فى إطار الحماية القانونية المتكافئة التى لا تزيد بها فرص سلطة الاتهام على حقوق متهمها؛ قرين حق الأفراد جميعهم فى اللجوء إلى القضاء؛ كافلاً رد كل عدوان على حقوقهم وحرياتهم؛ مبلوراً الدور الاجتماعى للسلطة القضائية بوصفها الحارس الأصيل على الحرية والحقوق على اختلافها؛ ناقلاً قيم الخضوع للقانون من مجالاتها النظرية إلى تطبيقاتها العملية؛ مشمولاً بالحرية المنظمة فى جوهرها وتطبيقاتها؛ كامناً فى النفس وغائراً فى أعماقها؛ بعيداً عن أن يكون ترفاً أو لهواً؛ متصلا بالحقائق الموضوعية دون إغراق فى أهدابها الشكلية؛ موافقا معنى العدالة، ملبيا متطلباتها.

ومن ثم لم يجز الدستور أن يتدخل المشرع فى شأن ضمانة الدفاع بما يرهقها ،أو يسقطها، أو يقوض الأغراض المقصودة منها. ذلك أن الحقوق جميعها لا تقوم لها قائمة بدونها. بل إن حق الفرد فى اللجوء إلى قاضيه الطبيعى، يغدو سرابا بغير ضمانة الدفاع التى تجلى الحقوق وتقويها، وتنقيها من شوائبها، بما يؤهل لوقوفها سوية على أقدامها، فلا تضل طريقها بالختال أو الإهمال. وإنما يكون لكل فرد أن يعرض بصفته الشخصية، وجهة نظره فى شأن الحقوق التى يدعيها، أو الحرية التى يطلبها، وأن يؤمنها كذلك بمحام من اختياره يطمئن إليه لثقته فيه.

وما حق الأفراد فى رفع ظلاماتهم إلى السلطة العامة تشكيا من جور أصابهم، إلا صورة من صور حق الدفاع، يمارسونها بأنفسهم، ويعبرون من خلالها عن رأيهم فى بعض المسائل التى تعنيهم([2]).

٧٠٨- وتبلغ ضمانة الدفاع فى مصر، أرقى درجاتها من خلال أمرين:

([1]) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) انظر فى ذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٧- ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

أولهما: أن ضمانة الدفاع تتصل بالحقوق جميعها، وبالحريات بتمامها، بغض النظر عن طبيعة الخصومة القضائية التى تحميها.

ثانيهما: أن القرار الذى يصدر عن جهة أولاها المشرع اختصاص الفصل فى مسائل عينها لها، لا يعتبر قرارا قضائيا، إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التى تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها. ذلك أن هذه الضمانة هي التى ترجح للخصومة القضائية كفتها فى اتجاه دون آخر. وهى تقدم لهذه الخصومة دعامتها من العناصر الواقعية والقانونية التى تزنها الهيئة القضائية بالقسط، فلا تكون علاقة المحامين بتلك الخصومة واقعة فى إطار النمطية العقيمة التى لا إبداع فيها. بل هى جهد صادق يبذل من قبلهم لإعانتها على أمرها بما يعزز نهوضها بالرسالة التى تقوم بها، وبما يوفر لموكليهم أموالاً لا وجه لتبديدها، وطاقة لا يجوز أن تهدر، ووقتا لا يستباح فى الضياع.

٧٠٩- ولازم ما تقدم، أن حق الدفاع فى جوهره لا ينفصل عن الحقوق التى يطلبها الأفراد ويسعون لتأمينها من صور العدوان عليها.

فإذا أغلق المشرع أبوابه فى وجه فريق من الناس دون آخر، كان ذلك إهداراً لهذه الحقوق.

المطلب الخامس
الآثار المترتبة على تعويق حق الدفاع

٧١٠- وإذ كان الدستور -ومن خلال النصوص القانونية التى كفل بها ضمانة الدفاع- يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التى ينبغى عليهم أن يقدموها لموكليهم، فإن التدخل تشريعياً لمنعهم من تقديم هذه المعاونة، أو للحد من فرصها، يكون من باب أولى محظورا". ذلك أن المحامين شركاء للسلطة القضائية فى سعيها للوصول إلى الحقيقة، والتماس كافة الوسائل التى تعينها على تحريها. ويفترض ذلك أن يدير المحامون الدفاع عن موكليهم وفق أصول مهنتهم وعلى ضوء متطلباتها، وبما لا يخل بضوابطها التى لا يجوز الانحدار بها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية.

وبغير معاونتهم هذه[1] -وبشرط فعاليتها- فإن مسار الخصومة الجنائية لن يكون معبراً عن الحقيقة، حتى فى صورتها الراجحة. بل مشككا فى نتيجتها بما يزعزع الثقة فى محصلتها النهائية. وهو ما يعتبر هدما للعدالة ذاتها بإنكار موجهاتها، وخروجاً بالمحاكمة الجنائية عن

---

(1) Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

إطارها. ذلك أن مدار الخصومة وغايتها النهائية، لا يزيد على مجرد بسط عناصر النزاع وعرض أدلتها، لتنزل المحكمة عليها حكم القانون على ضوء تقييمها لما يدور في جلساتها. وضمانة الدفاع هى المدخل إليها. وغيابها عن الخصومة القضائية مؤداه طمس بعض واقعاتها أو تحريفها أو تشويهها([1]).

ويتعين أن يكون مفهوما أن دفاع المحامين عن مصالح موكليهم في اتهام جنائي، لا يقتصر على متابعة الاتهام بعين يقظة في مراحله المختلفة وحلقاته المفاجئة، وإنما هو كذلك حق المحامين في مرافعة ختامية A closing argument يركزون فيها على النقاط الأساسية للاتهام ويواجهون بها جوانبها المختلفة A summation.

المطلب السادس

حقوق المحامين في مواجهة موكليهم

٧١١– ويظل لازماً بيان الحدود التى يلتزم المحامون بمراعاتها فى الدفاع عن مصالح موكليهم. ذلك أن لكل مهنة ضوابطها. والمحاماة فى أصلها تقوم على الإبداع. ويفترض ذلك ضمان حق المحامين فى الخلق والابتكار. فلا يلتزمون بغير خياراتهم التى يرونها أفضل للدفاع عن حقوق موكليهم. وخياراتهم هذه تفرضها أصول مهنتهم وضوابطها التى تقتضى منهم بذل العناية الواجبة التى يتوقعها الشخص المعتاد فى إطار من القيم الواقعية –لا المثالية– التى تفرضها المهنة على القائمين بها.

٧١٢– ويتعين بالتالى أن يكون لموكليهم الحق فى تمثيل ملائم يرعى مصالحهم، ويرد العدوان عنها. فلا يكون الدفاع عنها قاصراً عن أن يحيط بالخصومة التى تناولها التوكيل من كل جوانبها، ولا مقصراً في إيلائها العناية الواجبة التى يمليها التبصر.

فإذا انزلق المحامون فى دفاعهم إلى أخطاء كان ينبغى عليهم تداركها وتوقيها، فإن الخصومة التى وكلوا فيها تنحرف عن وجهتها المنطقية، بما يجعل ضمانة الدفاع دون مستوياتها الواجبة قانونياً.

([1]) انظر فى ذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ – قاعدة رقم ٤٥– ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

انظر ايضا:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

ذلك أن هذه الضمانة من الحقوق التى كفلها الدستور، وهى حقوق ليس لها قيمة فى ذاتها، ولا يتصور أن تعمل فى فراغ. وإنما ترتبط قيمتها بأشكال الحماية التى تقارنها لرد كل عدوان على الإخلال بها؛ وكذلك بدور الحقوق التى تحميها فى بناء النظم القانونية، وتوثيق الحرية المنظمة([1]). ويظل واجباً على المحكمة ليس فقط الامتناع عن كل عمل يضيق عن فرص الدفاع أو يرهقها أو يخلق جوا غيرملائم لها، بل عليها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت الظروف التي يعمل المحامي في إطارها تتهيأ بها فعالية الدفاع عن المتهم([2]).

المطلب السابع

حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية

٧١٣- وإذا كان الحق فى الحصول على مشورة محام، قائما فى الخصومة الجنائية على امتداد مراحلها؛ فإن هذا الحق يقوم كذلك فى المراحل الحرجة التى تسبق تحريكها، حين يكون المشتبه فيهم فى حاجة إلى حماية محاميهم.

وهو ما يتحقق فى صور كثيرة يندرج تحتها، خلط المشبوهين ببعض الأبرياء عن طريق صفهم جميعا في طابور عرض Arraignment حتى يتعرف من شهدوا الجريمة. بأعينهم على الجناة من بينهم.

وكذلك حين توجه إليهم سلطة التحقيق أسئلتها التى تحضهم على الإقرار بذنبهم؛ أو إذا كان يتعين عليهم إبداء دفع أو دفاع فى المرحلة السابقة على محاكمتهم حتى لا يسقط الحق فيه.

بما مؤداه ضرورة تحقيق ضمانة الدفاع وكفالتها حتى قبل توجيه الاتهام، إذا لم يكن التحقيق مجرد تحر عام فى جريمة لم يتم حلها بعد؛ وإنما بدأ فى مواجهة شخص بوصفه مشتبها فيه، يساق إلى مخفر الشرطة أو لجهة التحقيق التى تتحفظ عليه لديها، وتوجه إليه أسئلة تنتزع إقراره بالجريمة، دون أن تنبهه إلى أن من حقه أن يظل صامتا، وأن يحصل على مشورة محام -معينا كان أم مأجوراً- وأن يعتصم بهذا الحق، ولو كان قد أجاب على بعض أسئلتها قبل حضوره، وأن يمتنع عن الرد على أسئلتها حتى بعد وجوده.

([1]) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٤/٢/١٢-القاعدة رقم ١٨- ص ١٧٤ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) Holloway v. Arkansas, 435 U.S. 475 (1978).

وعلى جهة التحقيق كذلك –وقد صار هذا الشخص مقيدة حريته لديها على وجه أو آخر– أن تخطره بأن كل واقعة يقر بها، قد تؤخذ دليلاً ضده.

ولا يجوز بالتالى حمل شخص على الإقرار بشىء يتعلق بالجريمة، سواء كان هذا الإقرار سلبيا نافيا ترديه فيها Exculpatory statement أم كان إيجابيا يثبتها عليه Inculpatory statements. وفى هذا الإطار يحظر على جهة التحقيق أن تستجوبه إذا رفض ذلك، أو علق استجوابه على حضور محاميه. ومجرد إجابته عن بعض الأسئلة، لا يلزمه بالرد على باقيها، ما لم يقبل باختياره الحر، النزول عن هذه الحقوق جميعها.

وبوجه عام، فإن ضمانة الدفاع يتعين إعمالها فى أية مرحلة سابقة على المحاكمة، كلما أضر إغفالها بمصلحة المتهم بصورة خطيرة لا تكون بها محاكمته اللاحقة، كافلة لحقائق العدل، جوهر متطلباتها([1]).

المطلب الثامن
اليقظة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكليهم

٧١٤– ولا يعنى الحق فى الحصول على مشورة محام، مجرد أن يمثل شخص عن المتهم فى اللحظة الأخيرة لمحاكمته. بل يتعين أن يكون محاميه –معينا كان أم مأجوراً– ماثلا وفاعلاً فى جوهر مراحلها، متتبعا إجراءاتها، متصلا بأوراقها، منقباعن الطرق الأفضل التي يعد من خلالها أوجه دفاعه، بما في ذلك مواجهة الشهود وتجريحهم؛ والاعتراض على وجود بعض المحلفين، وأن يعرض عليهم أو على المحكمة ما يراه ضرورياً من المسائل الواقعية والقانونية التى يعرضها عليهم، حتى يؤثر فى عقيدتهم.

ومجرد حضور محام مع المتهم فى المحكمة الابتدائية، لا يخول المحكمة الاستئنافية أن تكتفى بما أبداه من دفاع فى المرحلة السابقة. ولا أن تنظر إلى الأوراق التى لديها باعتبارها كافية لتكوين عقيدتها.

ذلك أن حضور محام أمامها ليس مجرد رخصة، بل هو حق متكامل الأركان يقوم قبل محاكمة المتهم، وأثنائها، وحتى نهايتها، وكذلك عند إعداد الطعن فى الحكم الصادر فيها، وأن يتم ذلك كله فى إطار من الفرص الحقيقية التى يتمكن بها الدفاع من أداء واجبه.

٧١٥– ومما يخل بضمانة الدفاع:

([1]) Groover v.California, 357 U.S. 433 (1958); Miranda v.Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

١. أن تهدر الجهة الإدارية بتنصتها علي المتهم -ولو بطرق ملتوية- سرية أحاديثه مع محاميه.

٢. أن يصادر القضاة بطريقة ظاهرها التحكم، كل محاولة من الدفاع لدعم مركز المتهم، سواء من خلال عرقلة أو تطويق هذا الدفاع أو التضييق من فرصه.

٣. إنكار حق المتهمين وحق محاميهم كذلك في النفاذ قبل محاكمتهم إلى كل معلومة أو واقعة يرونها ضرورية لإعداد دفاعهم، وبمراعاة أن هذا الحق لا يختلط بحقهم في مواجهة الشهود أثناء محاكمتهم. ذلك أن هذا الحق الآخير، لا يتعلق بغير المحاكمة في ذاتها A trial right ولا يتوخى غير ضمان حرية المتهم، في أن يوجه لشهود النيابة-دون ثمة قيود- الأسئلة التي يتغيا بها بيان أوجه التعارض في أجزاء شهادتهم، وما بها من تحامل أو تلفيق، وما يحيطها من وجه آخر من شبهة تفقدها مصداقيتها.

إذا حضر محام محاكمة المتهم، وكان مخموراً -ولو فى بعض مراحلها- أو تعرض لضغوط من الجهة الإدارية كتهديده بترحيل زوجته وإبعادها.

ذلك أن الدفاع لا يكون فعالا، إلا إذا كان يقظا متعقبا مراحل الخصومة الجنائية بعين مفتوحة؛ متنبها لكل حجة يتأثر بها مركز المتهم حتى يدفعها بكل الوسائل التى يملكها وفقا" للقانون؛ مفاضلاً في ذلك بين بدائل متعددة على ضوء الأوضاع المتغيرة التى تواجهها هذه الخصومة. فلا يختار من طرائق الدفاع غير أنسبها لمصلحة المتهم. ولا يجوز في أية حال أن يقال بتوافر ضمانة الدفاع لمجرد أن المتهم هو الذي اختار محاميه.

٤. وإذا كان للمحكمة حق تقييد حرية الأشخاص الذين يحضرون جلساتها ويخلون بنظامها ويرتكبون بالتالى جريمة احتقارها؛ إلا أن من الفقهاء من يقرر بأن إخراجهم من قاعتها قد يكون إجراء كافيا، وأن حبسهم بقرار يصدر عنها، ويقبل التنفيذ فوراً، لا يجوز أن يتم بغير حضور محام عنهم(١).

المطلب التاسع

الصلة بين حق الدفاع وضمانة الحق في التقاضي

٧١٦- ومن المقرر كذلك أن الخصومة القضائية لن تكتمل حلقاتها ما لم يوفر لها المشرع -فى نهاية مطافها- حلا منصفا يمثل الترضية القضائية التى يبتغيها من يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التى يدعيها. بيد أن الحصول على هذه الترضية، لا يتحقق عملا

---

(١) Antieau, Modern Constitutional law, volume 1, P. 322.

بغير ضمانة الدفاع التى يعرض الخصوم فى نطاقها أدلتهم الواقعية والقانونية التى لا يتمايزون في مجال بسطها عن بعضهم البعض.

ولا يتصور بالتالى أن تنفصل ضمانة الدفاع عن حق التقاضى. إذ هما متكاملان، ويعملان معا فى إطار الترضية القضائية التى تبلور حقوقا يريد الدفاع اجتناءها من خلال الاغراض النهائية للخصومة القضائية. ولم تعد بالتالى لضمانة الدفاع أية قيمة بعيداً عن حق اللجوء إلى القضاء، وإلا كان التركيز عليها وطلبها عزيمة وإصراراً، واقعاً وراء جدران مغلقة. وتظل هذه الضمانة قائمة بكافة متطلباتها، ولو لم ينص الدستور عليها. ويعتبر كل عمل تشريعى على خلافها، من لغو القول، مؤديا إلى التسلط والتحامل.

ذلك أن ضمانة الدفاع أكثر اتصالاً بفرص إنفاذ الحقوق التى يطلبها أصحابها. وهى تعلو بمبدأ سيادة القانون، ولا يقتصر مضمونها على مجرد تقرير حق الشخص فى اختيار محاميه؛ ولكنها تؤكد كذلك الملامح الشخصية لحق الدفاع التى كفلها الدستور من خلال تقريره حق كل شخص فى الدفاع أصالة عن الحقوق التى يدعيها. بل إن حرمان الشخص من أن يكون أصيلاً فى مباشرة حقوق الدفاع، يصادم-وعلى حد تعبير المحكمة الدستورية العليا- النبض الجماعى لحقائق العدل([1]).

المطلب العاشر
امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

٧١٧- ويظل لكل متهم بجناية، وعملاً بنص المادة ٦٩ من الدستور أن يحصل على مشورة محام يعاونه على دفعها، ولو أسقط هو هذا الحق.

ذلك أن ضمانة الدفاع وفقا لحكم هذه المادة؛ لا تعتبر من قبيل الحقوق الشخصية التى يجوز النزول عنها. ولكنها تبلور أحد عناصر المحاكمة المنصفة التى تقتضيها المادة ٦٧ من الدستور بوصفها جزءا" من منظومتها المتكاملة التي تخل ركائزها بغير حقوق الدفاع.

كذلك فإن مفاهيم الجزاء -وأيا كانت طبيعته- تقارنها بالضرورة ضمانة الدفاع، وإلا بطل الجزاء بكل أشطاره حال غيبتها، خاصة وأن علاقة الولاء التي تربط المحامي بموكله تقتضيه أن يخطره بكل قرار هام سيتخذه، وبالمراحل المختلفة التي آل إليها تطور الاتهام، وبما ينبغي علي موكله أن يقول أو يفعل أثناء محاكمته. كذلك فإن واجباته المهنية تلزمه بأن

([1]) القضـــية رقــم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٨- ص ٣١٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يدير دفاعه علي ضوء من الاقتدار والخبرة، وفق المقاييس المنطقية لاصول المهنة ومتطلباتها في خصومة جنائية بعينها هي التي يمثل المتهم فيها. ولا يكون المحامي بالتالي مسئولا فيما يجاوز حدود هذه الدائرة حتي يحتفظ بحرية اختيار البدائل واتخاذ القرار النهائي في شأن الكيفية التي يدير بها الدفاع اليقظ عن موكله([1]).

٧١٨- ويظهر مما تقدم، أن الحق فى الحصول على مشورة محاميا، يدخل فى جذور كل محاكمة منصفة. وهو شرط فى انتظام إجراءاتها، وضمان لتقديم نوعية من العدالة تكفل هذا الحق لكل متهم فى كل مرحلة تؤثر فى القرار النهائى المحدد لمصيره.

المطلب الحادي عشر
لا يجوز التمييز في ضمانة الدفاع علي أساس الثروة

٧١٩- واختيار المتهم لمحام يثق فيه، هو الوجه المقابل لتعيين المحكمة محام من قبلها للفقراء من المتهمين، حتى تدار العدالة الجنائية على وجه يكفل تكافؤ الحقوق بين أطرافها.

فلا يكون الجاهلون، أو المعوزون، أقل فى حظهم منها من الآخرين. ذلك أن وجود محام يعاونهم، يقيم لهم الحجة التى يواجهون بها الاتهام، ويساويهم بالنيابة العامة، وبالمتهمين المثقفين، وبالموسرين وبالفطنين؛ بالذين يفهمون القواعد الإجرائية ويديرونها فى مصلحتهم، وبالذين يجهلون كل شئ فيها، وعلى الأخص ما يتعلق بالأدلة التى لا يجوز قبولها، أو التى لا تعلق لها بالاتهام. وإنما هى العدالة الكاملة محددا إطارها على ضوء متطلباتها التى تكفل إنصافها. ومن ثم كان إنكار حق المتهم فى الحصول على مشورة محام، كافيا بذاته Per se لإبطال محاكمته لخروجها على الوسائل الإجرائية القانونية السليمة. وصح القول بالتالى بأن التمييز بين الجناية والجنحة فى مجال الحصول على هذه المشورة، ليس إلا لغوا. ذلك أن العقوبة فى هاتين الجريمتين، تقيد من الحرية الشخصية فى كثير من تطبيقاتها.

وكلما اتهم شخص بجريمة خطيرة، وكان معوزا، فإن تعيين محام يعاونه، لا يكون خياراً للمحكمة، ولو بان من أوراق التحقيق تساند الأدلة ضد المتهم وتضافرها في إثباتها للتهمة، وأن تعيين محام لن يغير شيئا يتعلق بالجريمة من جهة رجحان إثباتها. ذلك أن إنكار هذا الحق، ولو في المرحلة الاستئنافية للاتهام، يقيم تمييزا ملتويا بين القادرين وغير القادرين. وشرور حرمان المتهم من هذا الحق بعيدة في مداها، ولا مبرر لها، وهى كذلك تعليق لحق

(1) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1985).

المتهم في الطعن، علي الثروة؛ وإرهاق العدالة ذاتها من خلال جحد متطلباتها، وتقرير لخطوط حاجزة بين المعدمين والموسرين بالمخالفة للدستور ([1]).

المطلب الثاني عشر
لا يجوز للنيابة أن تخفي عن المتهم واقعة تفيده في دحض التهمة

٧٢٠- ولأن الدفاع عن المتهم، لا يجوز أن يقصر عن أن يحيط بالتهمة من كل جوانبها؛ وكان لمحامي المتهم أن يعد دعواه وفق ما يراه من الطرق الأفضل في تقديره لخدمتها؛ وكان ذلك مؤداه ألا يفاجأ بواقعة أخفتها النيابة، ولم تخطره بها قبل المحاكمة؛ فإن كشفها يكون واجبا عليها، كلما توافر شرطان فيها: أولهما: أن يفيد المتهم منها Favorable to the accused. ثانيهما: أن يكون لها صلة بأدلة الجريمة، سواء من جهة إثباتها أو فرض عقوبتها([2]).Material to guilt or punishment.

وتقوم هذه الصلة كلما توافر مسوغ معقول للقول بأن الحكم في الاتهام كان ليتغير وجهه، لو لم تعمد النيابة إلي كتمان الواقعة التي يفيد المتهم منها، والتي اتصل علمها بها([3]). ذلك أن إخفاءها، يجهل بها. ومفاجأة الدفاع بوجودها قد يعجزه عن إجهاضها. فلا يكون جزاء حجبها عن الدفاع غير استبعادها حتي لا يعول المحلفون عليها، وكي لا تدخلها المحكمة في اعتبارها، وإلا كان أخذها بها مقتضيا محاكمة جديدة([4]).

كذلك فإن سلطة الاتهام وإن كان عليها أن تقدم إلي المتهمين كل معلومة أو واقعة لديها يفيدون منها، وترتبط بالجريمة التي اتهموا بها من جهة إثباتها أو عقوبتها؛ إلا أن واجبها هذا لا يقوم في بعض الجرائم التي لها من خصوصياتها ما يقتضي قصر الحق في الاطلاع علي ملفاتها علي المحكمة وحدها، وفي غرفة مغلقة In Camera review.

([1]) Douglas v.California, 372 U.S. 353 (1963).

وفـي هـذه القضـية كانت المحكمة المنقوض حكمها قد محصت الأوراق وقررت ألا فائدة من تعيين المحامي.

No good whatever could be served by appointment of councel.

([2]) Brady v.Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

([3]) United States v.Ragly, 473U.S. 667 (1985).

([4]) Williams v.Florida, 399 U.S. 78 (1970).

وبالمثل يلتزم الدفاع بأن يطلع النيابة قبل المحاكمة علي أسماء شهوده. فإذا كانت له حجة غياب Alibi، فإن عليه أن يطلعها كذلك علي اسم وعنوان الشخص الذي وجد المتهم معه في غير مكان الجريمة. ولا يعتبر ذلك إخلالا بحق المتهم في ألا يدين نفسه بنفسه. ومن ثم يقوم علي وجه التقابل، التزام كل من النيابة والدفاع باطلاع الآخر قبل المحاكمة علي ما لديه من أدلة.

فإذا كان محامي المتهم يعلم بواقعة بذاتها حوتها ملفاتها هذه، جاز أن يلتمسها مباشرة من المحكمة، وأن يناقش صلتها بالجريمة التي اتهم موكله بها.

وأكثر ما يتحقق ذلك في جرائم عدوان الآباء علي أعراض أطفالهم وبناتهم بما يسئ أسوأ صور استغلالهم. وهي بعد جرائم لا يشهدها غير ضحاياها في الأعم من الأحوال بما يجعل تعقبها وإثباتها متعذرا. وما لم يتوافر قدر من السرية للشهادة التي يدلي الأطفال بها أو للشهادة التي يقدمها جيرانهم في شأن هذه الجرائم، فإنهم قد يعزفون عن الإبلاغ عنها، أو التدليل عليها. وكان ضروريا بالتالي أن يطمئن هؤلاء وهؤلاء إلي أن شهادتهم لن تذاع علي نطاق عام بما يحد من مخاوفهم في الإدلاء بها([1]).

([1]) Pennslvania v.Ritchie, 480 U.S. 39 (1987).

المبحث الثانى

الحق فى الكفالة فى المواد الجنائية

Le droit au cautionnement

المطلب الأول

مضمون هذه الكفالة وعلتها

٧٢١- يقصد بالكفالة فى المواد الجزائية، قدر من المال تحدده المحكمة، ويؤديه المتهم إليها لضمان أن يمثل أمامها عند محاكمته عن الجريمة اتهم بها، وحتي يتفرغ لإعداد دفاعه بعد إطلاق سراحه وتحريره من الاحتجاز. فإذا لم يظهر أمام المحكمة بعد أن تدعوه للمثول أمامها، تعين عقابه ومصادرة الكفالة. ويعتبرالحق من الكفالة من الحقوق التقليدية التي يكفلها الدستور لكل متهم. وهي ترتد في أصلها إلى وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا تفترض أن يكون الحق فيها قائما في كل الأحوال ومن ثم تكتفي الدساتير بالنص على عدم جواز المغالاة فيها([1]).

والغرض في الكفالة أن يؤديها المتهم بعد القبض عليه وقبل الفصل في الاتهام. والأصل فيها هو معقوليتها حتي لا تكون مخالفة للدستور. وهو ما ترديه الدساتير المختلفة التى تكفل صون الحرية الشخصية للناس جميعهم، بما فيهم المتهمين. فلا تقيد حريتهم من خلال حبسهم احتياطيا، إذا عجزوا عن أداء كفالاتهم التى حددتها المحكمة مقابل الإفراج عنهم إلى حين الفصل فى التهمة الموجهة إليهم.

وليس من العدل فى شيء أن يظلوا مودعين فى أماكن التحفظ عليهم إلى أن يتم الفصل فى هذه التهمة بحكم يكون باتا. ومن حقهم أن يقدموا كفالاتهم حتي بعد إدانتهم وقبل الفصل في طعونهم. ذلك أن احتجازهم على هذا النحو، يعطل فرصهم فى الاتصال بمحاميهم من أجل دحض الاتهام الجنائى، وعلى الأخص من خلال الوثائق التى يقدمونها لنفيه. ولا يستطيعون كذلك أثناء التحفظ عليهم، الإنفاق على أسرهم وإعالتها.

وكفالاتهم المغالى فيها، لازمها أن يظلوا محبوسين احتياطياً عن جريمة لا زال أمْر الاتهام فيها معلقا ولم يفصل فيها بعد بحكم بات؛ حتى إذا برأتهم المحكمة منها، تحملوا قدراً من العقوبة لا يستحقونها.

([1]) Carkson v. Landon, 342 U.S. 524 (1952).

وهو ما يناقض الأصل فى البراءة وفى الحرية. وهما قاعدتان تمنعان إيقاع عقوبة قبل أن يدان المتهم قطعيا عن الجريمة، وتأذنان بأن تتوافر لكل متهم الفرص الكافية لإعداد دفاع غير معاق. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة -عند قيام موجبها- فإن افتراض البراءة وما تحقق على طريق النضال من أجل إرساء أصله، يغدو عقيماً وجهداً ضائعاً([1]).

ويزيد الأمر سوءاً أن بعض الدول ترفض فى الجرائم الخطيرة -كتلك التى تكون عقوبتها الإعدام- تقديم المتهمين لكفالة يفرج عنهم بعد دفعها، وتستبقيهم فى سجونها إلى أن يتم البت فى الجريمة. كذلك يعجز الفقراء من المتهمين عن أداء كفالتهم، بما يعطل حريتهم عملا. وهو ما يعنى التمييز بينهم وبين الموسرين فى شأن خطير يتعلق بالحرية الشخصية. إذ بينما يحجبها هذا التمييز عن الفريق الأول، فإن الآخرين يدفعونها ولو عظم مبلغها.

وليس فى الدستور نص يجيز تقييد حرية شخص بناء على فقره وضآلة موارده، وإلا صار أمر الحرية الشخصية وقفا على الأعزاء مكانة وقدراً.

ويتعين بالتالى أن يكون لكل متهم حق فى إطلاق سراحه -لا بناء على ثروته- وإنما كلما توافر الاعتقاد المنطقى-وعلى ضوء كافة العوامل ذات الصلة- بأن المتهم لن يكون عاصيا لأوامر المحكمة حين تدعوه للمثول أمامها. فإذا خيف من هروبه، أو من خطره على المجتمع إذا ماأطلق سراحه، فإن حبسه احتياطياً لا يكون مخالفاً للدستور([2]).

المطلب الثاني
بطلان المغالاة فيها

٧٢٢- وتعتبر الكفالة مغالى فيها، Excessive Bail إذا كان مبلغها يزيد عما يكون لازما عقلاً لضمان مثول المتهم أمام المحكمة، وتنفيذ حكمها إذا وجدته مذنبا([3]). ولا يجوز بالتالي أن يكون الغرض من الكفالة التى حددتها المحكمة، ضمان أن يظل المتهم معتقلاً في السجون أو في غيرها من أماكن الاحتجاز.

ويتعين -على ضوء ما تقدم- أن يتحدد مقدار الكفالة التى يقدمها المتهم مقابل إطلاق سراحه، وفق معايير تكفل ظهوره أمام المحكمة. وتنفيذ الحكم الصادر عنها. وهى معايير موضوعية وشخصية، يندرج تحتها سجل المتهم فى الإجرام؛ ونوع النشاط الذى اختطه وألفه

([1]) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).
([2]) United states v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988).
([3]) Hudson v.Parker, 156 U.S. 277 (1895) at 285.

فى حياته؛ وطبيعة الجريمة التى اتهم بارتكابها؛ وظروفها؛ ووزن الأدلة التى بيَدِ سلطة الاتهام قبله؛ وقدرته المالية([1]).

ولا يجوز بالتالى فى مجال تحديد مقدار الكفالة –كما لا يجوز فى أية محاكمة جنائية– أن يكون امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة الجهة القائمة بالتحقيق فى الجريمة حتى لا يدان بأقواله أمامها؛ مبرراً لتحديد مقدار الكفالة بما يبهظها على المتهم.

ويجوز الطعن فى كل كفالة مغالى فيها من أجل خفض مبلغها. ولا يعتبر هذا الخفض من المسائل التى تترخص فيها المحكمة الاستئنافية. ذلك أن معقوليتها شرط اقتضاه الدستور لصحتها([2]).

وحتى بعد أن يدان المتهم بالجريمة، فإن من حق المحكوم عليه بعقوبتها، أن يطلب الإفراج عنه حتى الفصل نهائيا فى الطعن فى الحكم الصادر فيها، ما لم يكن هذا الطعن متوخيا مجرد تعطيل تنفيذ هذا الحكم، أو كان غير مقبول، أو غير جدير بالعرض بالنظر إلى مضمونه.

ذلك أن النظم القانونية فى الدول الديموقراطية، تفترض ألا يحمل الشخص على معاناة عقوبة مقيدة للحرية، قبل أن يدان بحكم بات عن الجريمة التي اتهم بها.

فإذا لم يكن هذا الحكم قد صدر بعد، كان من حقه أن يقدم بعد القبض عليه، وقبل محاكمته، كفالة للإفراج عنه. وله كذلك أن يقدمها أثناء هذه المحاكمة، وإلى ما قبل إدانته قطعياً عن الجريمة التى ارتكبها.

ذلك أن الذين يدينهم الحكم بالجريمة ويقضون عقوبتها، لا تقل معاناتهم بعد نقض هذا الحكم وتبرئتهم، عن هؤلاء الذين لا تقبل كفالتهم لإطلاق سراحهم قبل المحاكمة، ثم تظهر براءتهم.

بل إن قبول الإفراج عنهم بشرط الكفالة، هى التى تعطى لحقهم فى الطعن على الحكم الصادر ضدهم، معناه؛ وإلا صار تنفيذ العقوبة التى تقرر محكمة الطعن بعدئذ مخالفة توقيعها للدستور أو القانون، عملا منافيا للحق فى الحرية، وهى الأصل.

([1]) Federal Rules of Griminal Procedure, Rule 46 (C).
([2]) Stack v.Boyle, 342 U.S. 1 (1951).

ولا يجوز بالتالى بعد إدانتهم، وقبل الفصل فى الطعن المقدم منهم، أن يكون الإفراج عنهم بشرط الكفالة، من الرخص أو من صور التفضل Mere grace or favor التى يجوز منحها أو حجبها فى إطار سلطة تقديرية مطلقة.

ذلك أن هذا الإفراج يعتبر حقا كلما كان مبرراً خالياً من سوء النوايا، وكانت اسباب الطعن راجحاً قبولها.

ولئن جاز بعد صدور أمر قضائى بالإفراج بشرط الكفالة، الرجوع عنها، إلا أن شرط هذا الرجوع، ألا يكون تحكميا.

٧٢٣- والكفالة على ضوء ما تقدم -تحرر المتهم من القيود على حريته. وهى قيود لا يجوز اقتضاؤها، وتنفيذ مقتضاها،قبل صدور حكم بات بفرضها.

ودفعها مؤداه ألا تكدس السجون بأشخاص يودعون فيها، ثم تظهر براءتهم فيما بعد، بما يهدر الأموال التى أنفقتها الدولة عليهم أثناء استبقائهم لديها.

وتوفر الكفالة كذلك، ضمانة ظهور المتهم أمام المحكمة التى تدعوه للحضور، فلا يخرج من ولايتها، ولا من قبضتها حين تريده(١). فإذا لم يظهر أمامها تعين عقابه، ومصادرة الكفالة التي قدمها.

٧٢٤- وشأن الكفالة المغالي فيها، شأن الغرامة الجنائية التي يزيد مبلغها عن الحدود المنطقية التي تفرضها ظروف الجريمة وملابساتها Excessuve Fines. كلاهما مخالف للدستور.

(١) Edward Witt, the Supreme Court and Individual Rights, second edtion, 1988, p.217.

المبحث الثالث

حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه (1)

The Privilege Against Self - I incrimination

المطلب الأول

مفهوم هذا الحظر

٧٢٥- حمل الشخص على أن يشهد ضد نفسه، وبما يدينه جنائيا، من المسائل التي لا يجوز القبول بها. ذلك أن دور الشهادة في ضمان تحقيق العدالة الجنائية، وإن كان مطلوبا، إلا أن مضار التحمل عليها، تناقض حق من يدلي بها في كتمانها، وفي ألا يؤاخذ بغير الأقوال التي يريد إعلانها. ومصلحته في ذلك تربو حق الجماعة فى تعقبها للجناة، والقبض عليهم وتقديمهم إلي القضاء لينالوا جزاء ما اقترفوه. كذلك يعتبر هذا الامتياز من خصاص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية Accusatorial system ليفارق صورة من العدالة المنتحلة التي تتغيا مجرد ملاحقـــة المتهمين وتعقبهم للبطش بهم The inquisitorial system.

ولا جدال في أن الإكراه علي الشهادة، إخلال بإرادة الاختيار، وهي جوهر الحرية الشخصية. ذلك أن من نطق بها يؤخذ بمقتضاها، وقد يضر آخرين بها إذا أجبر علي تلفيقها. ومن ثم تسوء عاقبتها. وهي في كل صورها شهادة غير أخلاقية في بواعثها ومضمونها، ولو كان من يحتمون بامتياز عدم الإدلاء بشهادة قد تدينهم، مجرمين حقيقة أو مخادعين أو مزورين، يضللون المحكمة الجنائية ويعوقونها عن الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليها من القضايا.

ذلك أن هذا الامتياز -فى أصله ومرماه- ضمان لحرية الأشخاص فى الاحتكام إلى ضمائرهم، فلا ينطقون بغير ما يريدون. وتلك قيم تكفلها الدساتير جميعها انطلاقا من حرصها علي الحقيقة التي لا تكشفها أقوال يدلي بها أصحابها مخاتلة أو زيفا أو غصبا، أو تحاملا(2).

وإذ قيل بأن هذا الامتياز يعصم المجرمين، ويوفر لهم غطاء من الحماية؛ فإنه كذلك يؤمن الأبرياء، ويقيهم تدخل السلطة فى شئونهم وخواص حياتهم لانتزاع أقوال منهم تدينهم بها فى إطار نظم قمعية، تقوم فى جوهرها على مطاردة أفراد لا تصطفيهم، وتعقبهم وخرق

---

(1) يلاحظ أن هذا الخطر مقرر بالقاعدة التي تقضي:

[Nemo tenetur seipsum accusare] No man is bound to accuse himself

وترجمتها بالعربية [لا يكلف الشخص باتهام نفسه].

(2) E.g. Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

أعراضهم، والتحقيق فى أدق شئونهم، واقتحام مناطق من خواص حياتهم يريدون كتمانها بما يخل بتكامل شخصيتهم، وبضرورة أن تكون لهم دخائلهم التى لا يجوز الإطلال عليها؛ وفرصهم التى توازن بين حقوقهم وسلطة الجهة التى تتولى التحقيق معهم؛ وسكينتهم التى لا يجوز الإخلال بها بما يروعها أو يثير اضطرابها دون مقتض؛ وحقهم فى حياة متكاملة يشكلون أنماطها بالطريقة التى يرونها، فلا يحملون على الإقرار بذنوبهم(1).

ويتعين بالتالى أن ينظر إلى هذا الامتياز فى إطار الحقوق التى كفلها الدستور لكل فرد، وليس كخطيئة يتعين النفور منها، والإعراض عنها، ووصم من يترددون فيها بمجاوزة القيم الخلقية، انحرافا عن متطلباتها. والمتهمون الذين يتمسكون بهذا الامتياز أمام المحكمة، لا يحقرونها، ولا يقرون ضمنا بالجريمة، ولا يعتبر نكولهم عن شهادة يحملون عليها، حجة عليهم بشئ. فإذا عاملتهم السلطة كمجرمين لمجرد احتجاجهم بذلك الامتياز، كان تصرفها مخالفا للدستور.

ذلك أن الامتياز المتقدم يمثل من القيم الإنسانية أرقاها، ومن الحقوق الدستورية أكثرهاالتصالا بجوهر النفس الإنسانية. فضلا عن أن كثيرين من المشبوهين أو المتهمين، أبرياء فى حقيقة الأمر، ولكن سلطة الاتهام تفزعهم ببأسها، وتقوض اطمئنانهم بحقوقها العريضة، فلا يكون خوفهم منها، وترددهم فى الإفضاء بما لديهم أمامها، أو أمام جهة التحقيق، دليل جرمهم.

المطلب الثانى
الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز

٧٢٦- ولا شأن لغير الأشخاص الطبيعيين بهذا الإمتياز، فلا يجوز أن تثيره أية منظمة ولا أن تحتج به لحسابها. وليس للعاملين في أية جهة منحها المشرع الشخصية الاعتبارية، حق في إخفاء وثائقها، أوحجبها Corporate records، أو الامتناع عن الشهادة ضدها، بزعم أن هذه الوثائق أو تلك الشهادة قد تدينها، وأنهم مؤتمنون على وثائقها، وعليهم مسئولية حفظها، أو أن أداءهم للشهادة ضدها يخل بواجباتهم قبلها. وشرط ذلك أن تكون وثائق هذه الجهة وسجلاتها، مودعة لديهم بصفتهم ممثلين لها. فإذا طلبتها منهم سلطة رسمية لمسوغ، تعين عليهم تقديمها لها، ولو أدانتهم هذه الوثائق فى أشخاصهم.

(1) Murply V. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964).

وحتى بعد تصفية الأشخاص الاعتبارية، وانتقال أوراقها ووثائقها إلى المصفين، فإن على هؤلاء تقديمها إلى الجهة القضائية التى طلبتها. ولا كذلك الأوراق التى يملكها أشخاص طبيعيون ملكية خاصة، أو على الأقل تلك التى يحوزونها بصفتهم الشخصية البحتة. ذلك أن امتياز عدم جواز حملهم على الشهادة بما يدينهم، يشملها إذا تمسكوا به([١]).

المطلب الثالث

الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر

٧٢٧- يقوم امتياز حظر الحمل على الشهادة ليس فقط أمام المحكمة الفيدرالية ولكن كذلك في مواجهة محاكم الولاية. واضطرد القضاء على تطبيقه ليس فقط في إطار الاتهام الجنائى إذا أثاره المتهم أو الشهود؛ وإنما كذلك فى نطاق الخصومة المدنية، وأمام لجان تقصى الحقائق البرلمانية؛ وأمام أية جهة إدارية. ويتعين القول بالتالي أن هذا الامتياز متاح لكل شخص تطارده السلطة بشكوكها؛ وإن كان أكثر وجوبا فى المحاكمة الجنائية التى يعتبر هذا الامتياز مقرراً أصلا لمصلحة المتهم الماثل أمام المحكمة إذا سئل عن أحد أركان الجريمة، أو عن حقيقة الأوضاع التى لابستها، كأن يسأل من سلطة الاتهام عما إذا كان قد قتل، أو عن أداة هذه الجريمة ومكان إخفائها. وقد تتناثر أجزاء الدلائل التي تتوافر لسلطة الاتهام، ومن ثم توجه أسئلتها إلي المتهم حتي يطلعها علي حقيقة الصلة التي تربط هذه الأجزاء ببعضها.

ذلك أن الشرور التي يتوخي هذا الامتياز توقيها، تربو علي كل مصلحة تتغيا الجماعة حمايتها في مجال تعقبها للجرائم وكشفها عن مرتكبيها([٢]).

ولا عبرة بما إذا كان من شأن الشهادة التى يدلى الشخص بها، أن يدان بسببها عن الجريمة وفقا للقانون المنظم لها، أو ألا يكون لها هذا الأثر.

وليس على المتهم، ولا على غيره، أن يعرض على المحكمة، نوع المخاطر التى قد يواجهها إذا أدلى بشهادته. ذلك أن بيانه لها قد يشى بنوع أو بنطاق الشهادة التى يريد كتمانها.

([١]) Curcio, v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Mcphaul, United States, 364 U.S. 372 (1960); Grant v. United States, 227 U.S. 74 (1913).

([٢]) United States v.White, 322 U.S. 694 (1944).

ويلاحظ أنه وحتى إذا كان الشخص الماثل أمام هيئة المحلفين الكبرى، هو المشتبه الأول فى الجريمة، فإن من حقه أن يمتنع عن الإجابة على الأسئلة التى توجهها إليه.

ويتعين بالتالى لجواز الاحتجاج بالامتياز، النظر إلى أثر الأسئلة الموجهة إلى الشخص. فكلما كان من شأنها –في سياقها وعلى ضوء الأوضاع التى تلابسها– الحصول على إجابة يضر الإفصاح عنها بمركزه، فإن الامتناع عن الرد على هذه الأسئلة، يكون مبرراً. ولا يجوز بالتالي حمل متهم علي أن يقر بالجريمة، ولا أن يقدم أدلتها، ولا أن يدلي بشهادة عنها. ذلك أن حريته في الإقرار بالجريمة أو إنكارها، لا نزاع فيها(١). وليس اعترافا بها مجرد سكوته عن الرد علي الأسئلة الموجهة إليه، ولا رفض الإدلاء بالشهادة التي يطلبها المحققون أو رجال الشرطة(٢).

بل إن للمتهم فى جريمة بالولاية، حق اللجوء إلى هذا الامتياز، إذا كان من شأن الاحتماء به توقى الإقرار بالجريمة المحلية فى الولاية، وبجريمة فيدرالية تقوم على الأركان ذاتها. وصح القول بالتالي بأن هذا الامتياز لا يجوز أن يفسر تفسيراً" ضيقا؛ ولا بصورة تعسفية تخل بالأغراض التى يستهدفها.

ويبلور هذا الامتياز تقدما هاما في مجال إثراء الحرية، وهو كذلك علامة فارقة على طريق كفاح الإنسان من أجل أن يكون مدنيا. ذلك أن ما يتوخاه هو ضمان القيم الجوهرية والآمال النبيلة التي نعتصم بها كشرط للحرية المنظمة التي ينافيها أن يدين المتهمون أنفسهم بأنفسهم بما يناقض خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، ويقوض كذلك حقوق المتهمين في ألا تنتزع أقوالهم من خلال وعد أو وعيد، أو غيرهما من صور إساءة استعمال السلطة. ولئن كان هذا الامتياز، يوفر أحيانا غطاء للجناة، إلا أن تطبيقه في أكثر صوره، كان حماية للأبرياء(٣). وصار اليوم ضمانا ليس فقط ضد الملاحقة الجنائية، وإنما كذلك باعتباره موئلا لحماية حرية التعبير ولحفظ الكرامة الإنسانية(٤).

ولا يجوز بالتالي إدراج من يحتجون بهذا الامتياز في قائمة الجناة والمزورين، ولا أن يعامل باعتباره صنو الإقرار بالجريمة أو كقرينة قاطعة علي التدليس، وإلا صار ملهاة بغير مضمون A Hollow Mockery. يؤيد هذا النظر أن هذا الانسان –وإن كان بريئا– قد يظل متخوفا من الاتهام الجنائي(٥).

---

(1) Heike v.United States, 277 U.S. 131 (1913).
(2) Bruno v.United States, 308 U.S. 287 (1939).
(3) Murphy v.Waterfront Commission of NewYork Harbour, 378 U.S. 52 (1954).
(4) Ullmann v.United States, 350 U.S. 422 (1956).
(5) Slochower v.Board of Higher Education, 350 U.S. 551 (1956).

علي أن الامتياز المذكور ليس بحق مطلق لأصحابه. ذلك أن عدم تمسكهم به، يفيد نزولهم عنه. فإذا احتجوا به كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان الاحتماء بذلك الامتياز مبررا أوغيرمبرر. ويكون الاحتجاج بامتياز عدم الحمل علي الشهادة Testimonial Compulsion، مبررا، كلما كان ظاهرا بوضوح من الأسئلة الموجهة إلي الشخص، أن لها من تركيبتها، وفي محيط إلقائها، ما يجعل الإجابة عنها منطوية علي مخاطر جنائية يتعين توقيها([1]). وصار مقرراً كذلك أن مايتوخاه هذا الامتياز ليس فقط حماية الأبرياء، وإنما كذلك ضمان نظام قضائي لا يدين الجناة، مالم تحمل سلطة الاتهام على عاتقها التدليل بنفسها على الجريمة بكافة أركانها Shouldering the entire load.

ولا يكون الاحتجاج بالامتناع عن الشهادة المقهورة، مبررا، إذا تعلق بجريمة سقط الحق في تحريكها بالتقادم، أو بواقعة أقر بها الشخص في جملتها باختياره، ثم رفض الإفصاح عن تفصيلاتها. كذلك إذا كانت الشهادة التي يرفض الإدلاء بها تتعلق بجريمة أدين عنها بالفعل، أو صدر عفو بشأنها، ما لم تكن الشهادة التي حمل عليها مفضية إلي جريمة جديدة ترتبط أو لا ترتبط بالجريمة القديمة([2]).

وكلما دعي شخص للشهادة أمام لجنة تشريعية أو قضائية أو إدارية، فإن رفضه المثول أمامها قد يشكل جريمة احتقار لها. فإذا ظهر أمامها، كان من حقه أن يرفض الإجابة علي أسئلتها الموحية بالجريمة التي ارتكبها([3]).

ويفترض حظر الإدلاء بالشهادة التي تؤثم أصحابها، أن تكون مخاطر التجريم التي تتصل هذه الشهادة بها، قائمة. فإذا أجهضها المشرع من خلال حصانة خلعها علي الشاهد Immunity Statutes بما يعطل نهائيا إمكان ملاحقته جنائيا عن الجريمة التي حوتها هذه الشهادة، سقط حظر الإدلاء بها بكل الآثار التي يرتبها. وشرط ذلك أن تعمل هذه الحصانة في الدائرة ذاتها التي يعمل فيها امتياز حظر الإدلاء بالشهادة الجبرية. وذلك بأن تدرأ عمن يتمتعون بها، كافة المخاطر الناجمة عن شهادتهم التي قد تدينهم. ويتعين بالتالي أن تكون حصانة مطلقة، فلا تنصرف إلى جريمة بذاتها دون غيرها([4]).

([1]) Hoffman v.United States, 341 U.S. 479 (1951); United States v.Murdock, 284 U.S. 141 (1931).

([2]) Rogers v.United States, 340 U.S. 367 (1951).

([3]) Emspak v.United States, 349,U.S.190 (1955).

([4]) Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892) Blau v . United States, 340 U.S. 159 (1950) ؛.See also Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 137 U.CIN,L. Rev. 671 (1968).

وتعطى هذه الحصانة عادة في الجرائم الخطيرة التي يحيطها الغموض، والتي يتعذر كشفها بغير الحصول على معلومات عنها من الأشخاص الذين تورطوا فيها([1]). ويفترض إعمال هذه الحصانة في الدول الفيدرالية، أن تنبسط مظلتها ليس فقط في مواجهة قوانين الولاية التي يدلون بشهادتهم في إقليمها، ولكن كذلك علي صعيد القوانين الفيدرالية، وذلك حتي لاتفيد السلطة أيا كان موقعها، من ثمار هذه الشهادة في اتهام جنائي لاحق يتصل بمن أدلي بها([2]).

وإذ كان ما تتوخاه الحصانة المشار إليها، هو أن تمهد لتحقيق الأغراض المقصودة منها في مطاردة الجناة وتعقبهم وتقديمهم إلي القضاء لمحاسبتهم عن جرائمهم، فإن الشهادة التي تشملها هذه الحصانة تفترض صدقها، لا أن تكون شهادة زور لا قيمة لها([3]).

فإذا لم تكن ثمة حصانة خلعتها الدولة علي الشاهد، فإن حمله علي الشهادة التي لا يرّيد إعلانها، مؤداه اعترافه جبراً Coerced Confession بالجريمة. ذلك أن الإقرار الحر بها، يفترض ألا يكون وليد إغواء -ولو كان مؤقتا- ولا نتاج وعيد يؤثر في حرية الاختيار بما يشوهها أو يعطلها([4]).

ويفترض في إقرار المتهم بالجريمة بعد فترة طويلة من احتجازه في مقر الشرطة، وبغير محام، ودون اتهام، أن هذا الإقرار قد صدر عنوة([5]). ولا يعتبر حمل المتهمين علي الشهادة ضد إرادتهم، قرين تعذيبهم للإقرار بالجريمة التي دخلوا فيها. وإنما يكلفهم فقط هذا الحمل بالشهادة ضد أنفسهم، وإنما تحملهم هذه الشهادة بمالا يطيقون لأنهم يدينون أنفسهم بأنفسهم([6]).

ويلاحظ أن هذا الامتياز ليس ضمانا ضد الاحتقار العام للجاني سخرية، أو تهكما. ولا صلة له كذلك بشخصية المتهم. ولكنه يكفل عدم استخدام الشهادة التي أدلي بها كدليل ضده – لا ضد غيره– في اتهام جنائي بما يجرد المشرع، والمحكمة، وسلطة الاتهام، من الحق في حمل المتهم علي أن ينطق بما لا يريد لضمان حمايته ضد أشكال مختلفة من ضغوط السلطة وسوء موازينها في التقدير، وليقيم حاجزاً بينها وبين المتهم، مانعا إياها ليس فقط من استخدام شهادة مغتصبة في توجيه اتهام مباشر، ولكن كذلك من توليد دليل غير مباشر منها يدان به.

([1]) Kastigar v. United Stated, 406 U.S. 441 (1972).
([2]) Murphy v.The Waterfront Commission of New York, 378 U.S. 52 (1954).
([3]) Shatwell Mfg.Co. v.United States, 371 U.S. 342 (1963).
([4]) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).
([5]) McNabb.v.United States, 318 U.S. 332 (1943).
([6]) Bram v.United States, 168 U.S. 532 (1897).

ذلك أن الأدلة التي تقدمها السطة ويجوز قبولها قانونا، هي التي تتحصل عليها من مصدر مشروع يستقل كلية عن الشهادة التي حمل المتهم علي الإدلاء بها([1]).

وسواء أثار المتهم هذا الامتياز داخل ولاية في منظومة فيدرالية، أو علي صعيد محكمة فيدرالية، فإن مقاييس تطبيقه واحدة، ولو تعلق الحمل علي الشهادة بمرحلة التحقيق في الجريمة، وكان سابقا بالتالي علي مرحلة الاتهام([2]).

المطلب الرابع

التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أقل، لا يناقض امتياز حظر الحمل علي الشهادة

٧٢٨- وليس لهذا الامتياز من صلة بعملية التفاوض Plea Bargin. التي تتم بين سلطة الاتهام والمتهم، والتي تتوخي بها إقناع المتهم بأن يقر بارتكابه لجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها أصلا.

ذلك أن عملية التفاوض هذه، وإن أقرتها بعض النظم القانونية حتي يتوقي المتهم -حال نجاحها- مددا طويلة للحبس الاحتياطي، ومصيرا مجهولا يقارن محاكمة طويلة إجراءاتها، معقدة دروبها، غير معروفة سلفا نتيجتها؛ وحتي تقتصد سلطة الاتهام إجراءاتها وتختصرها لتوفر أموالا طائلة تنفقها في مجال التدليل علي صحة التهمة التي نسبتها إلي متهمها؛ وحتي يطمئن الجمهور إلي أن الجناة سيودعون السجون بما يقيد حرياتهم كبديل عن إطلاق سراحهم بكفالة يكونون بها أحرارا في كل طريق، عابثين بكل القيم إلي حين مثولهم أمام المحكمة؛ وكان إقرار المتهمين -ومن خلال عملية التفاوض هذه- بالجريمة الأقل وطأة من تلك التي صدر بها قرار الاتهام، يفترض أن يكون هذا الإقرار حرا -لا إملاء- وألا تخل سلطة الاتهام بالاتفاق الذي تم بينها وبين المتهم من خلال عملية التفاوض تلك التي يعطي فيها كل من طرفيها ويأخذ Give and take. إذ هو وعد منها عليها أن تنفذه؛ فقد تعين القول بأن امتياز عدم جواز إدلاء المتهم بشهادة يريد كتمانها، يغاير تماما عملية التفاوض المشار إليها آنفا، سواء في أهدافها أو نتيجتها.

([1]) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Douglas في قضية:
Kastigar v.United States, 406 U.S. 441 (1972).

([2]) Malloy v.Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

ذلك أن عملية التفاوض تلك، غايتها أن يوازن المتهم بين رجحان إدانته بالجريمة التي اتهم بها إذا ثابر علي إنكارها، وبين احتمال الحكم ببراءته منها.وهو ينظر بالتالي في العرض المقدم من سلطة الاتهام ليقر مختارا بجريمة عقوبتها أقل.

ولا كذلك امتيازالمتهم بأن يظل صامتا، إذ هو ضمان ضد حمل المتهم جبرا علي الشهادة، وليس مدخلا لإقناع المتهم بالإقرار بجريمة أقل في عقوبتها من تلك التي قام الاتهام عليها(١).

وما أراه هو أن عميلة التفاوض هذه -وإن أقرتها بعض النظم القانونية- إلا أن شبهة مخالفتها للدستور يظاهرها أن المتهم يفاضل -من خلال عملية التفاوض- بين إنكار الجريمة التي اتهم بها وبين خوفه من أن يدان عنها ولو كان بريئا، ليحمله هذا الخوف على الإقرار بجريمة لم يرتكبها لمجرد أن عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها، ولو لم يكن قد تورط فعلاً فيها.

المطلب الخامس
نطاق امتياز حظر الحمل علي الشهادة

٧٢٩- ويبطل كل تعليق يصدر عن سلطة الاتهام في شأن امتناع شخص عن الشهادة جبراً، ويبطل كذلك كل توجيه يصدره القاضي لهيئة المحلفين بأن سكوته دليل جرمه.

ذلك أن هذا التعليق أو التوجيه من بقايا نظام للعدالة الجنائية يقوم على مطاردة الجناة من خلال ترويعهم بقصد انتزاع أقوالهم وإرهاقهم وتعذيبهم للإقرار بالجريمة Inquisitorial system of criminal justice وهو كذلك يتمحض عقابا ضد أشخاص يركنون إلي امتياز مقرر لهم بنص في الدستور. ومؤد فضلا عما تقدم، إلي إعناتهم ليحملهم بما لا يطيقون(٢).

ولا يجوز الركون إلي هذا الامتياز لحماية شخص آخر، ولا لحمل العاملين في الدولة علي التخلي عن الحماية التي يكفلها، والإدلاء بأقوال في شأن أوجه نشاطهم التي انخرطوا فيها، ولا أن تفصلهم الجهة التي يعملون بها، إذا تمسكوا بذلك الامتياز(٣).

---

(1) Santobello v.New York, 404 U.S. 257 (1971); Blackledge v.Allison, 431 U.S. 63 (1977); See also T.Mason& William M.Beaney, American Constitutional Law, 6th ed. 1978, P. 669.

(2) Griffin v.California, 380 U.S. 609 (1965).

(3) Garrity v.New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Spevack v.Klein, 385 U.S. 511 (1967).

ويلاحـظ أن هذا الامتياز مقرر في التعديل الخامس للدستور الأمريكي وبالرغم من صراحة هذا التعديل في تعلق حكمه بالإجراءات الجنائية Criminal proceedings، إلا أن من الثابت اليوم أنه صار مقررا في القضايا المدنية، وأمام هيئة المحلفين الكبري وأمام اللجان التشريعية. انظر في ذلك:

Antieau, Modern Constitutional, Law, Volume one, 1969 P.195.

٧٣٠- ويظل محظورا حمل شخص علي الشهادة، ولو لم تكن كافية بذاتها لتقرير مسئوليته عن الجريمة. ذلك أن الفصل في كفايتها أو في قصورها عن إثباتها، غير منتج في تحديد نطاق تطبيق هذا الحظر. ويظل هذا الحظر قائما ولو كان من شأن الشهادة التي يدلي الشخص بها، مجرد إيضاح الصلة التي تربط الدلائل اللازمة للاتهام ببعضها، لتجمعها سلسلة واحدة متصلة حلقاتها([1]).

Answers which would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution.

وإذا قبل المتهم الشهادة أمام المحكمة، اعتبر ذلك فقط نزولا عن امتياز عدم جواز الحمل عليها في شأن الجريمة التي قبل الشهادة بشأنها، وليس بالنسبة إلي غيرها من الجرائم التي لا ترتبط بها. فإذا أعطي طواعية الشهادة الموثمة، لم يعد من حقه الامتناع عن الرد علي الأسئلة التي لن تغير مركزه في الجريمة التي أقر بها([2]).

٧٣١- وأكثر ما تظهر فيه قيمة هذا الامتياز، عند التحقيق مع المتهم بعد احتجازه وتقييد حريته بوجه أو بآخر Custodial interrogation. ومبادرة رجال السلطة القائمين علي تنفيذ القانون، بتوجيه أسئلتهم إليه. ذلك أن حقهم في توجيه أسئلتهم هذه، معلق علي تحذيره بأن من حقه أن يكون صامتا، وأن كل قول يصدر عنه، قد يؤخذ ضده، وأن من حقه الحصول علي مشورة محام، سواء كان معينا أو مأجورا.

ولمن احتجز علي النحو المتقدم، أن يسقط هذه الحقوق كلها أو بعضها بشرط أن يكون حر الإرادة، وأن يكون النزول عنها بعد العلم بحقيقتها.

وعلي رجال تنفيذ القانون الامتناع عن توجيه أسئلة إلي المحتجز لديهم إذا أبلغهم بعزمه عدم الرد عليها قبل مثول محاميه، ولو كان قد أجاب قبل حضوره علي بعضها.

ذلك أن حظر الحمل علي الشهادة مؤداه، أنه كلما أبان المحتجز سواء قبل أو أثناء سؤاله عن رغبته في أن يظل صامتا؛ فإن كل الأسئلة يتعين وقفها. ويفترض بالتالي أن كل بيان يدلي به بعد تمسكه بامتياز عدم الحمل علي الشهادة، هو نتاج قهر، فلا يؤخذ به([3]).

٧٣٢- وفي مصر تنص المادة ٤٢ من الدستور الدائم علي أن المواطنين لا تجوز معاملتهم -سواء حال القبض عليهم أو حبسهم أو تقيد حريتهم علي وجه آخر- بما يخل

([1]) Blau v.United States, 340 U.S. 159 (1950).
([2]) Rogers v.United States, 340 U.S. 367 (1951).
([3]) Miranda v.Arizona, 304 U.S. 436 (1966).

بكرامتهم. ولا يجوز كذلك إيذاءهم بدنيا أو معنويا، ولا احتجازهم أو حبسهم في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون، ولا انتزاع أقولهم تحت وطأة شئ مما تقدم أو التهديد بشئ مما تقدم؛ وإلا تعين إهدارها وعدم التعويل عليها.

ويدخل في مفهوم هذا النص، الحمل علي الشهادة، إذ هي أقوال تؤخذ من المواطنين جبرا عنهم، لأنها تنتزع تحت وطأة إكراه أو تهديد بإيذاء -بدنياً كان أو معنوياً- فلا تقوم لها قائمة.

ولا يجوز كذلك أن يتدخل المشرع فى أوراق خاصة، ليلزم مالكها أو حائزها بتقديمها، ولو كان ذلك بقصد معرفة صور من التعامل أثبتتها. ذلك أن حظر إدلاء الشخص بشهادة تدينه، مبناه نص فى الدستور لا يجوز أن يخل به المشرع.

المطلب السادس

صور من التحقيق لا يشملها الامتياز

٧٣٣- ولأن الجناة كثيرا ما يتركون فى مسرح الجريمة آثارا تدل عليهم يندرج تحتها بصماتهم وأدواتهم فى تنفيذها، وأحاديثهم التى تبادلوها وسمعها آخرون، وانطباع أقدامهم التى خلفتها أحذيتهم، وما نطقوا به أو دونوه فى مكان الجريمة، وملامحهم وأقنعتهم ونوع ملابسهم التى ظهروا بها وهم يقدمون عليها؛ وكان المتهمون بالجريمة هم عادة جناتها المحتملون، فإن القطع بمن يكون من بينهم قد انخرط فيها، يقتضى من جهة التحقيق، ومن المحكمة ذاتها، التى يمثلون أمامها، أن تبذل كل جهد تفصل به بين متهمين أو مشبوهين لا شأن لهم بالجريمة، وآخرين من بينهم، أو من غيرهم، مسئولين عنها، وكانوا أطرافا فيها.

ولا يكون ذلك إلا بفصلها بين هؤلاء وهؤلاء، من خلال وسائل متعددة، يندرج تحتها صفهم مع آخرين، وخلطهم ببعض Lineup، حتى يحدد شهود الرؤية من كان من بينهم ضالعا فى الجريمة.

وقد تقارن جهة التحقيق أو المحكمة بصماتهم وآثار أقدامهم، بتلك التى خلفها الجناة من ورائهم، أو تستكتبهم للفصل فى تطابق عبارة دونها أحد الجناة مع خطهم، أو تسجل أصواتهم أو تكلفهم النطق بكلمة بعينها بقصد تعيين صاحبها؛ أو تعيد ملامحهم إلى صورتها الحقيقية التى حاولوا إخفاءها، كنزع لحاهم أو شواربهم التى كانوا قد أطلقوها بعد ارتكابهم الجريمة.

فمثل هذه الأعمال التى يحمل المتهمون على القيام بها –والتى يدخل فيها مراقبتهم فى مشيئتهم إذا كان أحد الجناة معوقا أو ذو مشية خاصة– لا شأن لها بالشهادة التى يكرهون على الإدلاء بها بما يدينهم بسببها، ولا صلة لها كذلك بخواص حياتهم التى يريدون كتمانها، وإنما هى أعمال غير مقصودة لنفسها، تنحصر غايتها فى الفصل بين فريقين لأحدهما دور فى الجريمة، ولا صلة للفريق الآخر بها.

ومن ثم تتصل هذه الأعمال بمظاهر خارجية كان الجناة عليها،أو محاطين بها أثناء ارتكابهم لها. فلا تتوخى غير تحديد شخصياتهم من خلال آثار مادية خلفوها، أو صورة مرئية كانت عليها ملامحهم التى شوهدوا بها([1]). An identifying physical characteristic. كأن يطلب من أحد المشتبهين إطلاق لحيته، أو تغطية وجهه بمنديل كان قد شوهد به أحد الجناة وقت الجريمة. وكل ذلك جائز قانوناً، ولا يتصل بالحمل على الشهادة.

المطلب السابع

التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها

٧٣٤– ولا تزال غير مقطوع بها، فواصل التمييز بين شهادة محظورة إذا حمل عليها المتهم، لاحتمال أن يدان بسببها؛ وبين أعمال يجوز حمل المتهمين على القيام بها، فصلاً فيمن يكون من بينهم متصلا بالجريمة، أو غير مرتبط بها.

وكثيراً ما يقع التداخل بين الأمرين. فأخذ عينة من دم سائق ضبط مترنحاً وهو يقود سيارة فى الطريق العام، جائز فى مفهوم كثير من النظم القانونية باعتباره عملاً منفصلاً عن شهادة قد يدان المتهم بسببها إذا حمل عليها([2]).

وفصلا في هذا التداخل، يتعين القول بأن مكافحة الجريمة، وإن اقتضى تحديد أشخاص مرتكبيها كخطوة هامة على طريق القبض عليهم والقصاص منهم؛ إلا أن هذا التحديد يغاير من كل الوجوه، حملهم على أن يشهدوا ضد أنفسهم بأنفسهم([3]).

([1]) United States v.Wade. 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v.Californio, 388 U.S. 263 (1967).

([2]) Schmember v.California. 384 U.S. 757 (1966).

هذا وقد قرر القضاة المخالفون لحكم المحكمة في هذه القضية، بأن تحليل العينة التي تؤخذ من دم السائق، تدينه بالضرورة عن مخالفة قوانين المرور إذا كان حقا مخمورا أثناء القيادة.

([3]) United States v.Wade. 388 U.S. 218 (1967).

ويتعين بالتالى أن يكون لحظر الإدلاء بالشهادة المؤثمة، دائرة منطقية لا تعطل أو تعرقل أعمالاً لا شأن لها بها، غايتها مطاردة الجناة وتعقبهم.

المطلب الثامن

مضمون الشهادة التي يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً

٧٣٥- والشهادة التى يحظر حمل المتهم عليها، تتناول تصرفاته السابقة على الجريمة، كالتحضير لها، أو المعاصرة للجريمة، كمراقبة الطريق كى ينفرد الجناة بغريمهم؛ أو التى تلتها إذا كان لها صلة بها، كإخفاء أشياء مسروقة متحصلة منها.

وهى كذلك شهادة لا يجوز صرفها -إذا قبل المتهم باختياره الإدلاء بها- إلى غير الجريمة التى تتعلق بها. ذلك أن حظر الحمل على الشهادة من الحقوق الشخصية التى يجوز لكل متهم النزول عنها اختيارا". فإذا نزل عن هذا الامتياز، فإن الشهادة التى يدلى بها تتناول كل واقعة تتصل بالجريمة التي قبل الشهادة عنها، ليس فقط فيما هو عريض من خطوط هذه الجريمة، بل كذلك فى أدق تفصيلاتها([1]).

ولا يعتبر نزولاً اختيارياً عن هذا الامتياز، تهديد جهة العمل لأحد العاملين بها -بطريق مباشر أو غير مباشر- بالفصل من وظيفته إن لم يدل بشهادة تطلبها، قد يدان بسببها. ذلك أن ولاءه لها أو ثقتها به، لا يجوز أن يصير مشكوكا فيه لمجرد تمسكه بامتياز عدم الإدلاء بالشهادة الجبرية، وإلا صار ثمن الاحتجاج به تخييراً للقائم بالعمل العام، بين أن يظل صامتاً فلا يدان، أو أن يتكلم، ليحاكم. وهو ثمن باهظ لا يجوز القبول به([2]).

وكل شهادة يدلى بها المتهم باختياره يجوز الأخذ بها، ولو تعمد من خلالها تشويه بعض الحقائق التى أفصح عنها([3]).

ذلك أن هذا الامتياز -وعلى الأقل فى جذوره التاريخية- لا يتوخى حماية الخطائين، وإنما هو مقرر أصلا لمصلحة الأبرياء الذين تصيبهم السلطة ببأسها،وتفزعهم بضراوتها، فلا يجدون غير صمتهم ملاذا لهم فى مواجهتها، حتى لا تؤخذ عليهم كلمة ينطقون بها، ولو انزلقوا إليها. وغير صحيح بالتالى القول بأن الذين يتمسكون بذلك الامتياز، يتعمدون طمس الحقائق أو تحريفها لإخفاء جرائمهم.

([1]) Marchetti v.United States, 390 U.S. 39 (1968); Rogers v.United States, 340 U.S. 367 (1951).

([2]) Garrity v. New Jersey, 385U.S. 493 (1967).

([3]) Spevack v.Klein; 385 U.S. 511 (1967).

المطلب التاسع
حظر الحمل على الشهادة لايقوم في المواد المدنية

٧٣٦- وإذ كان الامتناع عن الشهادة -فى إطار اتهام جنائى- حق لكل شخص قد تؤخذ شهادته على محمل الإقرار بجريمة يكون قد ارتكبها؛ وكان لا يجوز لسلطة الاتهام، ولا للمحكمة الجنائية، أن تعلق على هذا الامتناع، بما يضر بالمتهم، ولا أن تستخلص من صمته قرينة على ترديه فى الجريمة؛ إلا أن الامتناع عن الشهادة فى المواد المدنية ليس كذلك، إذ يجوز للقاضى، ولكل خصم فى الخصومة المدنية، أن يستنبط من هذا الامتناع، كل نتيجة منطقية يمكن ربطها به.

المطلب العاشر
أهمية الامتياز

٧٣٧- وقد نظر البعض إلى امتياز حظر الإدلاء بالشهادة المؤثمة، بأنه أحد أبرز النقاط فى كفاح الإنسان ليجعل نفسه مدنيا. وصار هذا الامتياز كافلاً حرية الأفراد جميعهم؛ وعائقاً ضد تدخل الدولة فى طرائقهم فى التعبير عن الأفكار التى يؤمنون بها([1]).

وقرر آخرون أن هذا الامتياز يرد عسف الدولة، ويمنعها من أن تطلق تحرياتها دون قيد، لتنال من الأفراد في خواص حياتهم، متخفية فى ذلك وراء عباءة القانون([2]) ومن ثم تبدو أهمية هذا الامتياز ليس فقط في أنه يعصم الفرد من تدخل رجال الشرطة بتحرياتهم المرهقة -وغير المبررة أحيانا- فى كثير من شئون حياته؛ وإنما لأن من أثره أن يحجز الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها، عن إقرار قانون تحمل به أحد الأفراد على تقديم بيان، أو الإدلاء بشهادة، أو الإعلان عن محادثة أجراها؛ إذا آل هذا البيان، أو الشهادة، أو الاتصال، إلى تجريمه، سواء كان موضوع هذا القانون قضائيا، أم تأديبياً، أم إدارياً، أم كان الجزاء المقرر به متضمناً الحرمان من الانخراط فى عمل.

ذلك أن ما يتوخاه امتياز حظر الشهادة المؤثمة، هو حماية الفرد من مواجهة المخاطر الحقيقية للتجريم الذاتى التى ينزلق إليها من خلال هذه الشهادة. ويتعين بالتالي، تنبيهه قبل توجيه أية أسئلة إليه، إلى حقه المقرر دستوريا في ألا يشهد بغير ما يريد.

([1]) E.Griswold, The Fifth Amendment Today, 7 (1955).
([2]) Imlay, The Paradoxical self-Incrimination Rule, 6 Miami law Quarterly, 147 (1952).

المطلب الحادي عشر

المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة

٧٣٨- ولعل أكثر المخاطر التى يثيرها هذا الامتياز، هى التى تتعلق بتوجه كثير من النظم القانونية -في عموم تطبيقاتها، وفي مجال تنظيمها لبعض المهن والأعمال- إلى تكليف من يباشرونها بتقديم بيانات عنها يندرج تحتها إمساك أوراقها و سجلاتها ووثائقها التي تكشف حقيقة إيراداتهم الخاضعة للضريبة على الدخل، أو نوع منتجاتهم وتاريخ إنتاجها وطرق صيانتها، ووسائل تصريفهم لمخرجاتها من المواد الملوثة. وكذلك أوضاع وشروط العمل فيها، وطبيعة القروض التي يحصلون عليها. وقد يعلق المشرع مباشرة المهنة أو الحرفة على ترخيص.

ففى هذه الأحوال جميعها، قد يتحقق خطر توجيه الاتهام إلى هؤلاء وهؤلاء من أجل إخفائهم بيانا كان عليهم أن يقدموه، أو ارتكابهم جريمة كشفتها سجلاتهم.

ويتعين بالتالى تحقيق نوع من التوازن بين ضرورة ضبط صور من التعامل والعلائق القانونية فى إطار ينظمها من جهة؛ وبين الحماية التى يكفلها الدستور لكل فرد ليحول بها دون تجريمه تجريماً ذاتياً من جهة أخرى. ويتحقق هذا التوازن بشرطين:

أولهما: أن يكون ضبط الأفراد لسجلاتهم هذه فى المهن التى يباشرونها، موافقاً أعرافها.

ثانيهما: أن يكون طلبها منهم متوخياً التحقق من أمور لها طبيعة تنظيمية، لا جنائية.

وفى إطار هذين الشرطين، يجوز أن يكون حفظ السجل مطلوباً تنفيذاً لنظم قانونية قائمة، وبالشروط التى تبينها.

فلا يعتبر التحقق من توافرها أو تخلفها، إخلالاً بامتياز حظر الشهادة المؤثمة ما لم تكن عملية التسجيل فى ذاتها، مؤدية إلى التجريم. وهو ما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين يحوزون أشياء بالمخالفة للقانون، كأسلحة غير مأذون لهم بالاتجار فيها، أو أجهزة قمار ممنوع تداولها بنص فى القانون.

ذلك أن حملهم على حفظ سجل بها، أو تقديم بيان لعملياتهم بشأنها، مؤداه سوقهم إلى دائرة الاتهام الجنائى.

وصار ثابتاً بالتالى امتناع إقرار قانون يكون من وجهه، أو بالنظر إلى أثره، منطوياً على مخاطر حقيقية بالتجريم الذاتى([1]).

وعلى الأخص لا يجوز لقانون منطو على جزاء -ولو كان اقتصادياً في طبيعته- أن يفرض علي المخاطبين به أحد خيارين: إما رفض الانصياع لأحكامه؛ أو القبول بها بما قد يجرمهم شخصيا.

([1]) فـإذا ألزم المشرع القائمين علي صناعة معينة بإمساك سجل تدون فيه البيانات المتعلقة بمستوي الملوثات التي يصبونها في أحد المجاري المائية، فإن موقفهم من هذا الالتزام، إما الامتناع عن إمساك السجل حتي لا يقعـوا تحت طائلة القانون إذا كانت هذه الملوثات تزيد عن المسموح بها؛ أو إمساكه لتدينهم البيانات الواردة فيه.

وفي قضية: Alberston v. SACB, 382 U.S. 70 (1965).

قضـى بعـدم دسـتورية قانون ألزم منظمة بتسجيل أعضاء الحزب الشيوعي المنتمين إليها على أساس اخلال هذا القانون بالحظر المقرر دستوريا ضد الحمل على الشهادة.

الفصل الرابع
القيود التي يفرضها الدستور على القوانين الجنائية

المبحث الأول
نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور الجزاء

٧٣٩- تصاغ القوانين الجنائية على ضوء الضرورة الاجتماعية التي تتطلبها وتقتضيها ليس فقط من جهة مضمونها، وإنما كذلك من ناحية صور الجزاء التي يتعين تطبيقها على المخالفين لأحكامها. ذلك أن ما يتغياه المشرع من هذه القوانين، هو أن يحدد من منظور اجتماعي، ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يتخذ من العقوبة أداة لحملهم على التخلي عنها. ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء على إتيانهم الأفعال التي نهاهم عنها أو كلفهم بها، مقبولا من زاوية، اجتماعية، وإلا صار محظوراً([1]).

١. صور من الأفعال لا يجوز تأثيمها

٧٤٠- وفي هذا الإطار، لا يجوز أن يؤثم المشرع تداول الأفراد للوسائل التي يمنعون بها الحمل([2])؛ ولا أن يعاقبهم على حالة لا يستطيعون دفعها، ولا يسيطرون بسببها على أفعالهم كتعاطيهم الخمور([3])؛ ولالأن يعطل سلطتهم في إدارة أموالهم أو التعامل فيها لمجرد ظهور دلائل من تحقيق جنائي على تورطهم في جريمة معاقبا عليها([4])؛ ولا أن يدينهم بناء على مجرد اشتهار ارتكابهم لجرائم بذواتها عينها المشرع؛ ولا أن تفترض خطورتهم بناء

([1]) القضـية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦-قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) Griswold v. Connecticut, 381U.S. 479 (1965).

([3]) Robinson v. California. 370 U.S.660 (1962).

وفـي ذلـك تقـول المحكمـة العليا للـولايات المتحدة الأمريكية، أن الإدمان على تعاطي المخدرات Addiction to the use of narcotics مرض لا يدخل الإنسان فيه باختياره. فإذا أعتبر مجرماً بناء على حالـته هـذه، وبغير أن يكون مذنباً بناء على سلوكه المخالف للقوانين الجنائية، فإن عقابه يكون قاسياً وشاذاً ومخالفـاً للـتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ولا عبرة بمدة العقوبة، ذلك أن يوماً واحداً في السجن يعد عقوبة قاسية إذا وقعت على شخص لمجرد أنه أصيب بالزكام. ومجرد الإدمان بالتالي حالة Mere status of being an addict أيـا كانـت الطريقة التي اكتسبها المريض بها، لأنها تحمل المريض فسيولجياً على الاستمرار على تعاطي المواد المخدرة، ليكون ضحيتها.

([4]) القضـية رقـم ٢٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/١٠/٥- قاعدة رقم ٨- ص ١٣٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

على مجرد انزلاقهم في جرائم سابقة([1])، ولا أن يعاقبهم المشرع من جديد عن جرائم استوفوا القصاص عنها([2]).

٢. صور من الأفعال يجوز تأثيمها

٧٤١- وفى إطار ضوابط الدستور، فإن الكلمة التى ننطق بها، يجوز تجريمها إذا كان من شأنها الدعوة إلى الجريمة أو التحريض عليها أو التجهيز لها، وعلى الأخص كلما كان هدفها تقويض النظم القائمة -انقلابا عليها- بغير الوسائل السلمية.

أ - جواز تأثيم صور التعبير التى يقارنها خطر قائم وحال

والدستور بذلك يطلق حرية الكلمة من عقالها بشرط ألا تقارنها مخاطر واضحة، وحالة يتعذر توقيها Clear and present danger، كتلك التى تتهدد بها مصلحة قومية حيوية؛ أو التى تنال من أعراض الناس وحرماتهم تشويها لسمعتهم وتحقيرا لشأنهم بين ذويهم.

وإذا كان الدستور يجيز الكلمة كأداة للتعبير، إلا أن فحشها يفقدها قيمتها. وهى إذ تنحدر إلى الضغائن الشخصية، فإن دورها كأداة للتعبير، يتقلص إلى حد كبير.

ويتعين بالتالى أن يرتبط التدخل بالقوانين الجزائية فى حرية التعبير، بنوع المصلحة التى تتوخى هذه القوانين حمايتها.

فما لم يكن التعبير عميقا فى شره وخطره، داهما فى أثره على مصلحة لها اعتبارها، فإن تجريم هذا التعبير يكون محظورا.

وهو ما يصدق كذلك على حرية الاجتماع التى لا يجوز لقانون أن يجتثها من منابتها من خلال حظر اجتماع معين، أو تقييده فى غير ضرورة.

٧٤٢- وقد يتخذ التعبير صورة تظلم مقدم من فرد إلى السلطة من جور أصابه، تشكيا من أضراره، وطلبا للتعويض عنها. ومثل هذا التظلم لا يجوز تقييده، إذ هو اختماء بالسلطة العامة التى يفترض صونها لحقوق مواطنيها ومصالحهم بشرط أن يكون موقعاً([3]).

([1]) القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٠- ص ١١٤ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس.

([2]) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([3]) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه.

فإذا أجابتهم على تظلماتهم تلك بما يدل على عدم اكتراثها بها، أو حاسبتهم عنها؛ أو أهملتها كلية بالنظر إلى مضمونها، أو حدة عباراتها أو لخروجها عما تراه لائقا من أصول مخاطبتها؛ حملتهم بتصرفاتها هذه، على تجنبها، أو على الثورة عليها، بعد تخليها عن همومهم ومتاعبهم.

ب- جواز حظر المطبوع الداعر

قد يعطى إنسان غيره مادة تتسم بالمجون والخلاعة أو يبيعها أو يسلمها إياه، وهو يعلم بمحتواها، سواء كان قد خلق هذه المادة من خلال عمل من أعمال الإبداع أتاه، أو كان قد صورها أو سجلها أو أعدها في شكل مطبوع يقرأ وينشر، أو عرضها في مسرح أو في مرقص، أو حازها بقصد توزيعها ونشرها، أو تملكها ليروجها على نحو أو آخر.

ففي هذه الفروض جميعها، لا يتسم المطبوع بالمجون، إلا إذا كان في مجموع محتواه -وعلى ضوء مقاييس البالغين من أوساط الناس الذين يطبقون القيم السائدة في المنطقة الاقليمية التي يتواجدون فيها- يستميل بصورة ظاهرة، من يتلقاه من الأشخاص الذين تتملكهم الأفكار الشهوانية وتستبد بهم. فلا يكون المطبوع -وهذه الخصائص تبلور محتواه- ذا قيمة أدبية أو علمية أو سياسية أو اجتماعية لها شأن. ويؤخذ في تحديد قيمة المطبوع بمحيط نشره، وبالطريقة التي يعرض بها، وبالفرص المتاحه لتوزيعه.

والجريمة التي تتعلق بالمطبوع الماجن أو الفاجر أو الفاسق، جريمة عمدية. ولا تتوافر بالتالي إلا إذا كان الشخص الذي تدخل في هذا المطبوع -سواء ببيعه أو بشرائه أو بعرضه أو بنشره أو بتأليفه أو بتسجيله أو بالتعبير عن محتواه في صوره حركية أو في شكل رسم أو على نحو آخر- يتوخى أن يثير شهوة الآخرين الذين يتلقونه([1]).

وتجريم التدخل في المطبوع الداعر على النحو المتقدم البيان، ليس منافيا لحكم العقل، ذلك أن للدولة مصلحة مشروعة في حظر نشر المواد التي تخل بالحياء العام كلما كان عرضها أو توزيعها أو توصيلها إلى الآخرين على نحو ما، مؤذيا بصورة واضحة مشاعر غير الراغبين في تلقيها، أو يعرض لمخاطر الجنوح صغاراً، لم يكتمل فهمهم لحقائق الحيـــاة([2])، وليس لهم من قوة الإرادة ما يعزلهم عن صور الإغواء التي لا تليق بهم.

([1]) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal Law, 1978, p.376.
([2]) Stanely. Georgia, 394 U.S. 557, 567 (1969).

ومن ثم لا يعتبر حظر المطبوع الداعر Obscene Material منافيا لحرية التعبير. ذلك أن الدستور، وإن كان يكفل الحماية للآراء التي نبغضها وتلك التي نزدريها أو التي تطرح في مناخ عام لايقبلها؛ إلا أن حدود التأثير التي يبلغها المطبوع الداعر، ليس لها حماية من الدستور.

يؤيد ذلك أن ضمان الدستور لحرية الصحافة ولحرية القول بوجه عام، تغيا ضمان التبادل غير المعاق للآراء من أجل تغيير الأوضاع القائمة -أو على الأقل في بعض جوانبها- وفق ما تراه الجماهير ملبياً لمتطلباتها.

ومن غير المتصور أن تدخل في إطار حرية التعبير، كل مادة تثير -لا بطبيعتها- ولكن من منظور أوساط الناس في المنطقة الإقليمية التي يوجدون فيها الشابقون جنسياً الذين يرون في فحشها وبذاءتها محركا لشهواتهم. ويتعين بالتالي لتجريم من يتدخلون في المطبوع الداعر -خلقا أو عرضا أو ترويجا- أن تتوافر الشرائط الآتي بيانها:

١. أن يكون العمل -في مجموع محتواه- يعد مثيرا للغرائز ومحركا للشهوة الجنسية من وجهة نظر الشخص المعتاد الذي يطبق علي هذا العمل المستويات المعاصرة للمنطقة الإقليمية التي يعيش فيها. ولا يقصد بالشخص المعتاد في هذا المقام، من يكون مرهفا أو متبلداً أو جامداً في مشاعره، أو مغاليا في القيم الخلقية التي يؤمن بها، أو منتميا إلي جماعة محدودة لها مثلها ومفاهيمها الخاصة التي تغاير تلك التي درج أوساط الناس علي انتهاجها في مظاهر سلوكها كقيم تواضعوا عليها، وحددوا علي ضوئها ما يعتبر خطأً أو صوابا. ذلك أن الشخص المعتاد وفقا لهذا المعيار، هو من أوساط الناس الذين يشتركون في القيم التي تمثل نهجا مقبولا بوجه عام <u>في المنطقة الإقليمية التي يعرض فيها العمل الفاحش</u>.

وتبدو أهمية الإشارة إلي المنطقة الإقليمية في الدول المترامية أطرافها، والتي تتباين وحداتها الإقليمية في تراثها وعاداتها وتقاليدها وقيمها، بما يغاير بين بعضها البعض، فلا تجمعها معايير موحدة في شأن ما يعتبر مثيرا للغرائز أو مخلا بالحياء العام إخلالا واضحا.

ومن ثم لا تقوم القيم الخلقية في هذه الدول علي معايير فرضية، ولا علي أسس موحدة تضم شعوبها إلي بعضها البعض، رغم اختلافها فيما بينها في أذواقها ومقاييس تطبيقها للقيم التي تسودها. ذلك أن الفوارق الذاتية بينها يستحيل إذابتها. فضلا عن أن من غير المنطقي تصور تحديد طبيعة المطبوع، عن طريق فرض ضوابط جامدة لها طبيعة الإطلاق.

٢. أن يعرض العمل بالكلمة أو الصورة أو بغيرها من صور التعبير -وبطريقة فاجرة- السلوك الجنسي محددا وفق ما قررته القوانين المعمول بها في المنطقة الإقليمية.

٣. أن يفتقر العمل -منظورا في ذلك إلى مجموع محتواه- إلي الجدية التي تدل علي قيمته الأدبية أو الفنية أو السياسية أو العلمية.

ومن ثم لا تنبسط الحماية المقررة دستوريا لحرية التعبير، لا على الأعمال الجنسية النهائية، السوية منها أو المنحرفة، الفعلية منها أوالتصنعية، إذا كان تقديمها أو وصفها مخلا بدرجة ظاهرة بالحياء العام؛ ولا على الأعمال التي تتضمن عرضا أو وصفا مثيرا للشهوة سواء للأعضاء الجنسية أو لوسائل الاستثارة الجنسية الذاتية([1]).

وبوجه عام لا تحظي بالحماية المنصوص عليها بالدستور، الأعمال المثيرة للغرائز، والتي يكون عرضها أو وصفها للسلوك الجنسي نابيا عن الخلق، وشائنا، عدا ما يكون لبعضها من قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية، كالمؤلفات الطبية التي تقدم لأغراض تشريح الإنسان، وصفا بالكلمة وبالصورة لدقائق تكوين جسده.

٧٤٣- وأيا كان أمر ضوابط المطبوع الداعر، فإن فجره يتحدد على ضوء المفاهيم الاجتماعية القائمة في المنطقة التي يوزع المطبوع فيها. وليس ثمة معيار عام يتصل بدعارة المطبوع ويسعها في كل تطبيقاتها، وإنما تتغاير ضوابط دعارة المطبوع في الزمان والمكان والأشخاص. فالمطبوع الداعر في مكان ما، قد يراه آخرون في مكان أو زمن آخر، مقبولا من أوساطهم. فلا يعتد بالقيم الغالبة في مكان وزمن معين، إلا بقدر تلاقيها مع أوساط الناس في هذا المكان والزمان. وكلما كان مقياس أوساط الناس في هذا الزمان والمكان، دالا" على أن المطبوع في مجموع محتواه، يتسم بالخروج الظاهر على ضوابط الحياء العام، جاز حظر تداول هذا المطبوع، ولو توافرت له بعض القيمة الإجتماعية.

ج- <u>جواز حظر الرق وغيره من صور التعامل في الأشخاص</u>

٧٤٤- ينافي الرق حقيقة أن الناس جميعهم ولدوا أحراراً يتساوون في كرامتهم وفي حقوقهم، وقد وهبهم الله ميزة العقل والضمير لتجمعهم روح الأخوة ببعضهم البعض، فلا ينظر إلى فريق منهم كأشخاص لا يجوز لمسهم([2]) Untouchable وليس للآخرين حق في معاملتهم

([1]) Mishkin v.New York, 383 U.S. 502 (1966).

([2]) الغى الدستور الهندي الحظر الذي كان قائماً بمنع لمس بعض الاشخاص
Abolition of untouchability

كاشياء يملكونها ويتصرفون فيها، أو يستغلونها، أو ينتزعون منها الحق في الحياة، أو يباشرون عليها حقوق ارتفاق([1]) Servitude. والرق بناء على لون الأشخاص تمييز غير مشروع. وهو في كل صورة محظور، ليس فقط لأنه نوع من السخرة التي لفظتها الدوَل جميعها، وإنما لأن الرق في محتواه، إذلال للبشر، وهبوط بآدميتهم إلى أدنى مستوياتها. والذين يملكونهم يباشرون عليهم من الحقوق أوسعها، والتى تصل في مداها إلى حد تعذيبهم، أو الإخلال الخطير بتكامل أبدانهم، أو إزهاق أرواحهم بل إنهم يغتصبون زوجاتهم ولايعترفون ببنوة أبنائهم منهن. ويظل الرقيق في أسره عبداً من كل الوجوه. ويطارده سيده إذا فر، ولو كان فراره للحصول على الحرية التي حرم منها. والرقيق دائماً مجرد من كل الحقوق، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بإرادة الاختيار، لأنه لايزيد عن مجرد شئ بغير قيمة([2]).

ودعارة المرأة نوع من الرق يصفها القضاء بالرقيق الأبيض White slavery. وتحرص النظم الوطنية في كثير من الدول على حظره باعتباره تعاملاً في جسد المرأة –ولو كانت فتاة صغيرة– لأن من يقودون المرأة إلى هذا المصير يدركون أنهم يعرضونها لاسوأ صور الامتهان لنفسها وكرامتها، وأنهم كذلك يردونها إلى هاوية لا قرار لها تتعرض معها لأمراض قاتلة، ولحياة يظللها الدنس والفجور يزيد من وطأتها انتقالها في الدول الفيدرالية بين ولاياتها المختلفة، وعرضها لبضاعتها على من يطلبها، بما يجعل هذا الانتقال جزءاً من عملية الدعارة يسهلها ويروجها. ومن ثم كان انتقالها سواء داخل الدولة الواحدة أو فيما بين دولتين، عملاً محظوراً جنائيا بغض النظر عن وسيلة الإنتقال التي تعتمد عليها لتحقيق هدفها في عرض نفسها. ويعتبر كذلك عملاً مخالفاً للقانون تحريضها على البغاء أو إكراهها على الدخول فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا التحريض أو الإكراه واقعاً في شأن طفل أو فتاة قاصر. وتظل دعارة المرأة عملاً محظوراً، ولو لم تحقق المرأة غرضها من الدعارة. ذلك أن مجرد انتقالها من مكان إلى آخر بقصد تسهيل دعارتها، هو ما تحظره القوانين الجنائية، ولو لم تخالط المرأة الرجال بالفعل دون تمييز، أو خالطتهم على هذا النحو بغير أجر.

ويعتبر المحرضون على الدعارة أو الذين يغوون المرأة بها أو يحملونها عليها، مسئولين جنائيا عن فعلهم.

([1]) انظر المادة ٤ من كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان.

([2]) Dred Scott.v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

وعلى من يأوون أمرأة أجنبية، أن يقدموا إلى السلطة المختصة بيانا باسمها وجنسيتها ووقت إيوائها، وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتمكين الدولة من فرض سلطتها فى مجال حظر التعامل فى الأشخاص، واستغلالهم فى الدعارة، بما يحط من كرامتهم. وشأن دعارة المرأة شأن دعارة الأطفال. بل إن دعارة الأطفال وفجور الرجال أسوأ بالنظر إلى إخلالهما الجسيم بالحياء العام، وتمردهما على كافة القيم الخلقية([1]).

د- حظر السخرة

٧٤٥- وشأن السخرة، شأن الرق فى حظرها جنائيا، وامتناع فرضها بقانون. ذلك أن الأصل فى العمل أن يكون اختياراً حراً، فلا يدخل فيه أحد قسراً؛ ما لم يكن ذلك تنفيذاً لعقوبة محكوم بها، أو عملاً طارئاً لمواجهة ضرورة عاجلة لها من حدتها وعظم المخاطر التى تقارنها، ما يقتضى تكتل الجهود للعمل على دفعها، على أن تكون هذه الأوضاع الطارئة موقوتة بطبيعتها؛ داهمة بالنظر إلى خطورتها، كدفع غائلة فيضان.

وصار منافياً للدستور تسخير الناس فى أعمال لا يقبلون بها، ولو كان ذلك مقابل أجر. ذلك أن السخرة شبيهة -فى مضمونها وآثارها- بحقوق الارتفاق التى يقتضيها المتمتعون بها من المتحملين بعبئها، وكأنهم عقار مرتفق به.

ولا يجوز بالتالى فرض العمل جبراً، على مريض مودع فى منشأة صحية للأمراض العقلية، إذا لم يكن لنوع العمل الذى يؤديه، صلة بعلاجه من عاهة العقل التى أصيب بها.

ولكن يجوز فرض الخدمة العسكرية الإلزامية على من تتوافر فيه شروطها. كما يجوز إبدال هذه الخدمة بالنسبة إلى الأشخاص الذين يرفضون على ضوء عقائدهم، القيام بأعمال قتالية Conscientious objectors، بخدمة مدنية، فلا يعذرون بامتناعهم عن أدائها.

وللدولة أن تحمل المدينين بالنفقة -إذا ماطلوا فى أدائها بدون حق- على دفعها،ولو من خلال تكليفهم بأعمال تعينها بقصد إرهاقهم لضمان إيفائها.

ويعتبر حمل المعوزين على أداء الغرامة المحكوم عليهم بها من خلال عملهم فى السجون -بما يقابل مبلغها- شكلاً من أشكال السخرة التى يلفظها الدستور.

---

(1) Bassiouni, Substantive Griminal law, (1978) pp.293-294.

هـ- حظر حمل السلاح فيما وراء حدود القانون

٧٤٦- والحق في حمل السلاح مقرر كذلك فى دساتير بعض الدول بقصد تكوين ميليشيا منظمة بطريقة جيدة تكفل أمن الدولة الحرة، وتصون بها استقرارها، وبما لا يخل بتنظيم هذا الحق فى حدود منطقية وملائمة. كأن تفرض الدولة رقابتها على تداول هذه الأسلحة وتوزيعها من خلال نظم تضبط حركتها، وتسجل صور التعامل فيها، وتقرر نوع الأسلحة التى تجوز حيازتها، وشروط استخدامها.

و- لا يجوز التمييز بغير مبرر بين المسئولين عن الجريمة

٧٤٧- ولئن كان الأصل في الجريمة، هو معاقبة كافة المتدخلين فيها فاعلين كانوا أم شركاء؛ إلا أن المشرع قد يفرض عقوبتها علي واحد من المسئولين عنها دون غيره. ولا يعتبر هذا التمييز مخالفا للدستور إذا كان مبرراً.

٧٤٨- وعلي ضوء هذه القاعدة، يجوز في جريمة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة القاصر، أن يقصر المشرع عقوبتها علي الرجل وحده، ولو كان قاصراً كذلك وقت ارتكابه لهذه الجريمة؛ وكان قد اتصل جنسياً بها بعد إغوائها إياه([1]).

ذلك أن التمييز بين الرجل والمرأة علي أساس الجنس، وإن اعتبر أصلا موافقا للدستور من خلال علاقة منطقية معقولة وواضحة بين أسس هذا التمييز والمصلحة التي يستهدفها المشرع؛ وكان يتعين بالتالي لحمل هذا التمييز، أن يرتبط بعلاقة جوهرية لها صلتها الوثقى بالأغراض الهامة التي يتوخاها([2]). فلا يمايز المشرع بينهما وفق أسس تقوم علي التعميم، ولا سند لها من الفوارق الطبيعية لكل منهما؛ وكان التمييز في جريمة الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة القاصر علي أساس الجنس، مرده أن المرأة القاصر هي ضحيتها، والرجل هو مرتكبها. وهو بعد تمييز تؤيده مصلحة ظاهرة يستهدفها المشرع، وتظاهره ليس فقط التقاليد الاجتماعية، ولكن كذلك الحقيقة الفسيولوجية التي لا نزاع فيها، والتي تتمثل في أن المرأة وحدها هي التي تعاني آثار هذه الجريمة. فهي التي تتحمل في مقتبل عمرها، التكلفة النفسية لحملها غير المشروع. وقد تواجه ضرورة الإجهاض ومخاطره. وهي وحدها التي تنوء بمسئولية تربية طفلها. وقد يلقي في عرض الطريق بالأطفال غير الشرعيين الناجمين عن هذا الحمل.

([1]) Michael M.v.Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).
([2]) Stanton v.Stanton, 421 U.S. 7 (1975); Reed v.Reed, 404 U.S. 71 (1971).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلي التمييز القائم علي الجنس، لا باعتبار أن الشبهة كامنة فيه، وإنما ينبغي التركيز في مجال تقدير دستورية هذا التمييز، علي الحد الأدني للعلاقة المنطقية بين التقسيم الذي أتي به المشرع من ناحية، والنتائج التي رتبها المشرع علي ذلك التقسيم من ناحية أخري. وإذ اختص المشرع الرجل وحده بالعقوبة التي فرضها علي الاتصال الجنسي غير المشروع بالمرأة القاصر، فقد دل بذلك علي توجهه إلي إثناء الرجل عن إتيان هذه الجريمة، حتي يقي المرأة القاصر مخاطر الحمل غير المشروع.

وهي مخاطر تتحملها وحدها دون غيرها، ويزيد من وطأتها تفاقم ظاهرة الحمل غير المشروع –وبطريقة مأساوية– خلال العقدين الأخيرين، مخلفة وراءها آثاراً خطيرة لكل من المرأة ووليدها، وللدولة التي تقيم فيها كذلك. ذلك أن عددا كبيراً من اللاتي حملن سفاحا، أجهضن أنفسهن. والأولاد غير الشرعيين الذين نجموا عن هذا الحمل، مرشحون في الأعم لتعيلهم الدولة بما يزيد من أعبائها. والمرأة وحدها هي التي تتحمل وحدها النتائج العميقة التي يسفر عنها الاتصال الجنسي بها، سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية أو النفسية. وهي تحمل في سن تكون فيها هذه النتائج قاسية عليها بصورة واضحة. فإذا اختار المشرع معاقبة المساهم الذي يعاني أقل –بسبب كونه ذكراً– من نتائج سلوكه، فإن اختياره يكون مبررا وواقعا في نطاق سلطته التقديرية([1]).

وليس مجافيا للمنطق، أن يستبعد المشرع من نطاق التجريم، الأنثي القاصر التي أراد أن يحميها، والتي يمثل احتمال حملها من جراء هذا الاتصال، رادعا كافيا لها. وهو رادع طبيعي لا يتوافر عند الرجل.

وتقرير جزاء جنائي علي الرجل وحده، هو الذي يتحقق فيه بشكل عام التعادل في مجال الردع بين الجنسين. ولا محاجة فيما يراه الطاعن من أن النص المطعون فيه، كان ينبغي توسيعه ليشمل كلا من الرجل والمرأة كشرط لدستوريته. ذلك أن تشريعا محايداً يكفل مساواة الرجل بالمرأة في مجال الاتهام الجنائي عن الواقعة الإجرامية ذاتها –وهي واقعة الاتصال غير المشروع بالمرأة– لن يحقق الأغراض التي ابتغاها المشرع من التجريم. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تعميم الجزاء الجنائي ليشمل طرفي الاتصال، سيدفع المرأة حتما لعدم الإبلاغ عن جريمة الاتصال الجنسي بها. ولن يكون هذا التعميم بالتالي علي ذات الدرجة من الفعالية التي بلغها النص المطعون فيه.

([1]) Arlington v.Metropolitan Housing, 429 U.S. 252, (1977).

ثانيهما: أن الرقابة القضائية علي الدستورية لا يعنيها أن يكون النص المطعون فيه أكثر كمالاً، ولكنها تركز علي حقيقة قانونية، هي ما إذا كان هذا النص -في الصيغة التي أفرغ فيها- قد التزم القيود التي نص عليها الدستور([1]). فضلا عن أن تشريعا محايداً في هذا الاتجاه، لن يحقق المصلحة التي كان يبتغيها المشرع من تنفيذه. بل إنه مما يناقض هذه المصلحة، إقرار نص تشريعي يبلغ من الاتساع درجة يصبح معها غير قابل للتنفيذ.

والقول بأن النص المطعون فيه، قد جاوز إطاره المنطقي بما توخاه من تجريم الاتصال الجنسي بالمرأة، ولو لم تصل إلي مرحلة البلوغ الطبيعي التي تكون معها قادرة علي الحمل، مردود بأن الانثي صغيرة السن تتعرض لمخاطر جسدية من جراء هذا الاتصال.

وليس من المقبول كذلك استبعاد الأنثي الصغيرة التي لا تحمل، والتي تم اغتصابها من مجال تطبيق القانون المطعون فيه، وقصر العقوبة التي فرضها علي الأنثي الأكبر سنا منها.

ولا وجه فيما يردده الطاعن من أن القانون المطعون فيه يفترض إغواء الرجل للمرأة القاصر ثم اغتصابها. إذ لا يقوم هذا القانون -بوجه عام- علي هذا الافتراض. ولكنه يعكس محاولته منع حمل الأنثي المراهقة عن طريق رادع إضافي يوجهه إلي الرجل كي يرده عن الاتصال الجنسي معها. وهو اتصال لابد أن يؤتي الثمرة التي حرص المشرع علي تجنبها ممثلة في الحمل، وبمراعاة أن الرجال جميعهم البالغين طبيعة، يستوون في القدرة علي إخصابها.

ومن ثم لا يقيم القانون المطعون فيه تمييزا أهوج متسما بالرعونة ضد المرأة. بل نقيض ذلك هو ما توخاه هذا القانون من خلال أعباء يفرضها علي الرجل، ولا يلقيها علي المرأة أو تقاسمه هي فيها([2]). ليعكس هذا القانون حقيقة أن آثار الاتصال الجنسي الذي جرمه، تنوء المرأة بأثقالها أكثر من الرجل.

٣. الضابط العام في دستورية القوانين الجنائية

٧٤٩- وعلي ضوء العرض المتقدم، تتحدد دستورية القوانين الجنائية من جهة مضمونها وصور الجزاء التي تقارنها بمراعاة ما يأتي:

([1]) Kahn v.Shevin, 416 U.S. 356 (1974).
([2]) Frontiero v.Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973).

أولاً: أن الضرورة الاجتماعية هي التي تلهمها مادتها. فلا يؤيد الدستور قوانين جنائية تناقض هذه الضرورة أو تخل بها.

ثانياً: أن ما تتحقق في مجال القانون الجنائي من تطور، يعطي أهمية كبيرة للقيم الخلقية التي لا يجوز لهذا القانون أن يغض بصره عنها بقدر اتصالها بمصالح أساسية للجماعة لها اعتبارها. كذلك فإن ما تحقق من الناحية التاريخية سواء في مجال مفاهيم الأفعال التي تكون مادة الجريمة أو القصد الجنائي المقارن لها، أو الأعذار القانونية التي تلابسها، لا يعدو أن يكون تطويرا لوسائل غايتها تحقيق نوع من التوازن بين الأغراض التي تتوخاها القوانين الجنائية من ناحية؛ وبين وجهات النظر المتغيرة في شأن طبيعة الإنسان من النواحي الدينية والخلقية والفلسفية والطبية. وهي توازن يجريه المشرع ويدخل في نطاق سلطته التقديرية، كلما كان تدخله لإجراء هذا التوازن منطقيا.

ثالثاً: أن القصد الجنائى، يبلور أكثر العناصر تعقيداً فى المجال الجنائى، باعتباره متصلاً بالحالة الذهنية التى كان عليها الجانى حين أقدم مختاراً على إتيان الفعل المؤثم قانونا. وكانت تلك الحالة أدخل إلى العوامل الشخصية التى يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التى تعكس مادية الفعل أو الأفعال التى ارتكبها، والتى يكون الرجوع إليها وتقييمها كاشفاً عادة عما عناه منها، وقصد إليه من وراء مقارفتها. ومن المفترض أن الجانى إذ أراد إتيان فعل أو أفعال بذواتها، فقد قصد إلى نتيجتها؛ ومن ثم يكون توافر هذا القصد –فيما أتاه الجانى من أفعال– هو القاعدة العامة، وليس الاستثناء منها.

وهو استثناء لا يقوم بالضرورة، ولا يتصور عقلاً، إذا كانت إرادة الجانى تبلور انصرافها إلى إتيان أفعال محددة، بغرض إحداث نتيجة إجرامية بعينها.

وإنما ينحصر هذا الاستثناء فى حدود ضيقة، تقوم الجريمة غير العمدية على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغى أن يلتزمها الجانى فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة فى بنيانها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينتفى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها.

ومن ثم أحاطها القانون الجنائى بالجزاء، مُحدداً ضابطها العام بما كان ينبغى أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم فى التزام قدر معقول من التحوط (Ordinary reasonable person's standard of care). لتمثل الجريمة غير العميدة انحرافاً ظاهراً عن ذلك المقياس، يتحدد بقدره، نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائراً أصلا -وبوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التى أحدثتها.

فكلما أرادها الجانى وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية. ويتعين أن يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التى أتاها.

ذلك أن مسئوليته الجنائية عن هذا الخطأ، مسئولية شخصية لا تقوم إلا بتوافر أركانها Pas de peine sans culpabilité. وهى بعد مسئولية يحققها القاضى، ويستمد عناصرها من عيون الأوراق، ليكون ثبوتها يقينيا -لا ظنيا- ضماناً لصون الحرية الشخصية التى كفلها الدستور، وتوكيداً لامتناع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة التى لا يترخص أحد فى التحلل منها.

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية لا تقوم إلا على الخطأ؛ وأن صوره على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل فى انحرافها عما يعد وفقاً للقانون الجنائى، سلوكا معقولا للشخص المعتاد؛ وأن هذه الصور على تعددها، تتباين فيما بينها سواء فى نوع المخاطر التى تقارنها، أو درجتها.

ويتعين بالتالى أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثماً فى تقديره، مع بيان عناصره التي لا يجوز افتراضها، وإنما يتعين تعيينها قطعاً لكل جدل حول ماهيتها، توقياً لالتباسها بغيرها، وتعييناً جليا لما ينبغى على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال.

رابعاً: لئن صح القول بأن العلائق التى ينظمها القانون الجنائى، فى مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها، فى علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية؛ إلا أن مادية الأفعال التى تكون الجريمة، هى التى تستخلص محكمة الموضوع منها توافر القصد الجنائى أو تخلفه. ذلك أنها تجيل بصرها فى الواقعة التى قام الاتهام عليها، لتحدد من خلال استقرائها لعناصرها، ما قصده الجانى من وراء ارتكابها. ومن

ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً وماديا عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقاً لأحكام الدستور، أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى؛ ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثها ، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

A persons' intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state.

خامساً: إذا كان الأصل فى الأفعال التى أتاها الجانى، أن تكون تعبيراً مادياً وخارجياً عن إرادة واعية لا تنفصل عن النتائج التى أحدثتها، بل تتصل بها وتقصد إليها، أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها؛ فقد تعين على سلطة الاتهام أن تبرهن على كل واقعة ضرورية لقيام الجريمة المدعى ارتكابها، بما فى ذلك القصد الجنائى إذا كان متطلبا فيها. وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة التى افترضها الدستور فى كل فرد. وهى البراءة التى لا تقوم فى غيبتها ضوابط الشرعية الجنائية ومتطلباتها فى مجال صون الحرية الشخصية وكفالتها([1]).

فضلا عن أن أصل البراءة –وهو يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو قدر العقوبة المقررة لها– مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل فلا يفترضها المشرع([2]).

وكلما قام الدليل عى أن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العمدية، فإن على المحكمة أن تتحقق فى إطار الأدلة التى تطرح عليها، من أن المتهم كان حين ارتكابها مدركاً حقيقتها بصورة يقينية –لا ظنية– متجها إلى تحقيق نتيجتها.

ذلك أن الجريمة العمدية تقتضى علما من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجتها غير التى قصد إلى إحداثها([3]).

([1]) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ – قاعدة رقم ٩– ص ١٤٤ من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) القضـية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" –جلسة ١ فبراير ١٩٩٧– قاعدة رقم ١٩– ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

([3]) الحكم السابق.

فإن لم تكن الجريمة عمدية، بل كان قوامها إهمال نوع من الرعاية التى تطلبها المشرع؛ فان الخطأ يكون جوهرها.

فإذا لم يبين المشرع هذا الخطأ –فى محتواه وعناصره– كان التجريم مخالفاً للدستور([1]).

سادساً: مما يناقض الدستور، أن يفترض المشرع توافر القصد الجنائى فى جريمة عمدية، إذ يعتبر ذلك إخلالاً بالمهام التى تقوم عليها السلطة القضائية، وبالحدود التى فصل بها بين ولايتها، واختصاص السلطة التشريعية([2]).

سابعاً: يتعين في الجرائم العمدية، أن يكون القصد الجنائى للجاني، معاصراً سلوكه Concurrence of conduct and intent. ذلك أن سلوكه وحده لا يقيم هذه الجريمة.

وإنما يشكلها عنصران متكاملان، يبلور كل منهما أصداء الآخر ويعكسها A reflection and manifestation of the other، لتنهض بهما معاً علاقة السببية بين الفعل ونتيجته.

ذلك أن الجريمة العمدية، لا تفرضها الصدفة Coincidence، ولا تقتضيها عوامل الحظ Fortuitousness.

ثامناً: لا يجوز افتراض القصد الجنائي من خلال قرينة قانونية تحكمية. ذلك أن هذا القصد إرادة داخلية تعتمل في نفس الجاني وتحيط بما أتاه من أفعال. وهذه الأفعال وحدها هي التي تشي –من خلال تحليلها– بما قصده الجاني حقيقة منها.

([1])، (2) القضـــية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" –جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

الفصل الخامس
القوانين الجنائية من جهة لغتها و أسلوب تطبيقها

المبحث الأول
شرط الإخطار في القوانين الجنائية

٧٥٠- تقيد القوانين الجنائية الحرية الشخصية بصورة خطيرة. ويتعين بالتالى أن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بمضمونها حتى لا تخفى عليهم حقيقتها.

ويعتبر هذا الإخطار شرطاً جوهرياً فى النظم الجنائية جميعها، وترددده كذلك قواعد القانون الدولى العام. ولا يتحقق هذا الإخطار بداهة فى جريمة لم يصدر بها قانون Nullum Crimen Sine Lege، ولا فى جريمة بغير عقوبة Nullum Crimen Sine Poena، ولا فى عقوبة فرضها المشرع بغير قانون Nulla Poena Sine Lege.

بيد أن وجوب شرط الإخطار يظهر على الأخص فى صورتين: تبلور أولاهما القوانين الجنائية التى طال إهمالها من خلال التخلى عن تطبيقها فترة طويلة من الزمن؛ وثانيتهما القوانين الجنائية التى يشوبها الغموض، وذلك كله على التفصيل الآتى:

المطلب الأول
القوانين الجنائية التى طال زمن التخلى عنها
The Concept of Desuetude

٧٥١- تفترض بعض النظم القانونية أن التخلى عن تنفيذ بعض القوانين الجنائية لفترة طويلة من الزمن تتصل حلقاتها بغير انقطاع، هو إلغاؤه لها بصورة ضمنية.

فإذا عاد القائمون على العمل العام إلى تطبيقها، بعد أن وقر فى أذهان المخاطبين بها، زوالها، كان ذلك تنفيذاً انتقائيا لهذه القوانين يخل بشرطي الوسائل القانونية السليمة، والحماية القانونية المتكافئة. ذلك أن تطبيق تلك القوانين التى طال إهمالها، مؤداه إخضاع فريق من المواطنين لأحكامها، وإعفاء آخرين من سطوتها، بما يخل بتساويهم أمام القانون، ولا يوفر إخطاراً كافياً بأن القوانين الجنائية النائمة أو الهامدة، لا تزال تطل برأسها، لتقبض بمخالبها على المخالفين لها.

بل إن إيقاظ القوانين النائمة من غفوتها، أو إحيائها من جديد بعد همودها، يعدل فى أثره القوانين الجنائية التى يشوبها الغموض.

ذلك أن غموض هذه القوانين يخول القائمين على تطبيقها، تنفيذها بطريقة انتقائية. كذلك فان إنفاذ القوانين الجنائية الخامدة، مؤداه أن هذه القوانين -وأيا كان قدر وضوحها فى لغتها وطريقة صياغتها- لن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بنواهيها. ذلك أن إلقاءها فى زوايا الإهمال والتجاهل، يناقض بعثها من جديد، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التى يقوم تطبيقها على التحكم، كليهما يناقض شرط الإخطار الكافى بمضمونها، ويخل بالمعاملة القانونية المتكافئة التى لا تجيز التمييز بين مراكز قانونية تتحد عناصرها، من خلال يد شريرة تفارق بينها([1]).

المطلب الثاني

القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها

٧٥٢- تقتضى الوسائل القانونية السليمة فى جوانبها الإجرائية، أن تصاغ القوانين الجزائية على نحو يكون منبئا عن حقيقتها ونطاق تطبيقها، وبما يوفر إخطاراً كافيا Fair Notice بأوامرها ونواهيها.

فلا يلاحق أحد عن أفعال لم يجرمها المشرع؛ ولا عن أفعال أغفل تقرير عقوبتها التى لا ينفصل التجريم عنها؛ ولا أن يجهل المشرع بالأفعال التى أثمها، فلا يكون بيانها جليا، ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهما خافيا. ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بعلو مداركهم، ولا يتسمون بانحدارها، وإنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حدسهم طريقا إلى التخبط فى شأن صحيح مضمونها ومراميها، بعد أن أهمل المشرع فى ضبطها بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها، مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها؛ ويجعل تطبيقها من قبل القائمين على تنفيذها عملاً انتقائياً، يندفعون فيه بأهوائهم ونزواتهم الشخصية، بما يبلور فى النهاية خياراتهم التى يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون القوانين الجنائية غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهم بها من نذير([2]).

([1]) يقـول الدكـتور شريف بسيونى فى صفحة ٥٨ من مؤلفه فى شأن القوانين الجنائية الموضوعية أن من الأفضل وضع قاعدة عامة فى شأن القوانين الجنائية التى طال زمن التخلى عنها، حاصلها أن تعتبر هذه القوانين ملغاة ما لم يتدخل المشرع ليعيد إقرارها من جديد.

([2]) دستورية عليا -القضية رقم ٢٤ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧-ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

يؤيد ذلك أن القوانين الجنائية تنال من الحرية الشخصية بطريق مباشر أو غير مباشر، بالنظر إلى القيود التى تفرضها عليها. وهى قيود خطيرة فى مداها. وقد تصل إلى حد إرهاق أو إزهاق الحق فى الحياة. ويتعين بالتالى -لضمان هذه الحرية ولإرساء أبعادها التى تمليها طبيعتها- أن تكون درجة اليقين فى القوانين الجزائية أظهر منها فى غيرها من القوانين ، فإذا لم تتوافر فيها خاصية اليقين هذه، شابها التجهيل وفى ذلك إطماس لحقيقة الأفعال التى قام التجريم على أساسها.

٧٥٣- وسواء اتصل هذا التجهيل بأحد عناصر الأفعال التي أثمها المشرع أو بمكوناتها جميعا أو بتعيين مكان وقوعها إذا كان حدوثها فى مكان معين، شرط لتجريمها، فإن محتواها أو مكان وقوعها يظل مشوبا بالغموض، بما يناقض الشرعية الجنائية التي تفترض مقاييس صارمة في مجال ضبطها حتى لا تتداح معانيها أو تنفرط. وتعين بالتالي أن تستلهم هذه القوانين الحقائق التي تصاغ على ضوئها، والتي تتمثل عللها فيما يأتي:

أولاً: أن القيود على الحرية الشخصية لا تعتبر أصلا فيها. وكلما كانت القوانين الجنائية مصدرا لهذه القيود، فإن المخاطر التى تتهدد بها الحرية الشخصية قد تصل فى مستوياتها إلى حد اقتلاع هذه الحرية من منابتها.

ويتعين بالتالى أن تكون هذه القيود جلية فى مضمونها، لأنها تحدد نوّاه علينا أن نتجنبها، وأفعالا لا يجوز تركها. ذلك أن القيود الجنائية تتعلق بفعل أو بامتناع عن فعل. ويتعين بالتالي إيضاحهما بأكبر قدر من التحديد.

ثانياً: أن غموض القوانين الجنائية، يحررها من الضوابط المحددة لنطاق تطبيقها. فلا يبصر القائمون على تنفيذها مجال سريانها، ولا تظهر هذه القوانين عملا في الصورة التى أرادها المشرع منها بالنظر إلى فهمها على غير حقيقتها.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن غموض النصوص الجنائية، مؤداه ألا يبصر القضاة حقيقتها، وإنما يطبقونها فى صورة تختلط ألوانها وظلالها، فلا يكون هذا التطبيق قائما على قواعد صارمة معانيها، قاطعة دلالتها. ليظهر القضاة عملا وكأنهم يشرعون يختارون بأنفسهم لكل جريمة أركانها.

وفضلا عما تقدم، فإن لغموض النصوص الجنائية مخاطر لا يستهان بها، أهمها أن الذين أخطأوا فهمها من المخاطبين بها، قد يقعدون عن مباشرة أفعال داخلتهم شبهة تأثيمها، وإن أجازها القانون بمعناه العام. فلا يكون موقفهم من هذه النصوص غير تخبط فى حقيقة

معانيها، بما يعطل الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، وأهمها ردع المخالفين لنواهيها وحملهم على النزول عليها.

ثالثاً: وإذ كان غموض النصوص الجنائية Vagueness، مؤداه التجهيل بكنهها واضطرابها فى تحديد حقيقة نواهيها؛ فإن تميعها Overbreadth يفيد اتساع عباراتها وفرطحتها، وانداح دائرة تطبيقها، ليختلط ما هو مشروع من الأفعال، بما لا يجوز منها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين من ناحيتين:

أولاهما: أن اتساع النصوص العقابية فى عباراتها، مؤداه تعدد تأويلاتها، وانجرافها لتأكل فى طريقها حقوقاً كفلها الدستور لأصحابها، كحرية التعبير والحق فى التنقل.

ثانيتهما: أن اقتحامها -وبالنظر إلى اتساع عباراتها وانفراط قوالبها- حقوقا كفلها الدستور، مؤداه أن تتدخل السلطة القضائية بنفسها، لتحدد بمعايير تصطفيها، نطاق الدائرة التى تتصور أن المشرع قد قصد إلى تجريم الأفعال الواقعة فى محيطها، لتحل إرادتها فى التجريم محل إرادة السلطة التشريعية. فلا تتقرر الجريمة بقانون، ولا بناء على قانون. وإنما يكون التأثيم عملاً قضائيا، بما يهدم الحدود التى فصل الدستور بها بين ولاية كل من هاتين السلطتين.

رابعاً: وسواء تعلق الأمر بغموض النصوص العقابية أو بانداحها، فإن ثمة حقائق قانونية لا يجوز إغفالها، هى:

١. أن ما يصيبها من عوار غموضها أو تميعها، يتعين أن يكون عيبا كامنا فيها، ليرتد فى مصدره إليها، لا إلى طريقة تطبيقها أو كيفية فهمها.

ذلك أن النصوص الجنائية التى حدد المشرع نواهيها بصورة قاطعة؛ وبين معانيها بما لا يؤذن بتداخلها فى منطقة أباحها الدستور والقانون، أو تشابكها معها، لا يجوز تعييبها دستورياً، ولو أخطأ المخاطبون بها، أو القائمون على تطبيقها فهمها، أو أساءوا تأويلها.

٢. أن غموض النصوص العقابية أو تميعها، يجمعها انفلاتها عن الأغراض التى تستهدفها القوانين الجنائية فى انتقائها لأفعال بذواتها تقدر خطورتها على نظم الجماعة وقيمها.

٣. كذلك فإن خفاء معانيها أو اتساعها، مؤداه أن المخاطبين بها لا يتلقون من السلطة التشريعية إخطاراً كافياً بحقيقة نواياها. فى ذلك تهديد للحرية الشخصية التى يتعين أن تكون

القيود التى تفرضها القوانين الجنائية عليها؛ قاطعة مضامينها؛ جلية عباراتها بما لا يلبسها بغيرها([1]).

٤. أن تحديد الجرائم وعقوباتها، وإن كان مما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يمارسها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق؛ إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور، التى لا تجيز تقييد حقوق المواطنين أو حرياتهم إلا فى حدود ضيقة تستلهم تخومها من الضرورة الاجتماعية التى تبلور الدائرة التى تعمل الحرية المنظمة فى إطارها([2]).

The essential purpose of a Constitution is to afford the maximum opportunity for individual freedom within a scheme of ordered liberties.

ذلك أن مناط دستورية النصوص العقابية، هو إبانتها عما هو جائز وعما يكون محظورا. وليس انطماسها فى معانيها، واختلاطها بغير الدائرة التى تعمل فيها، غير عدوان غير مباشر على الحرية الشخصية، يزيد دون مقتض من نطاق القيود التى تفرض عليها.

يؤيد هذا النظر، أن النصوص العقابية التى تجهل بالأفعال موضوعها، أو التى تردها إلى غير المجال المنطقى لتطبيقها، شأنها شأن النصوص الجنائية التي تطبق على أفعال لم تكن وقت ارتكابها، معاقبا عليها. ذلك أن مخاطر هذه النصوص في هاتين الحالتين، واحدة لأنها تأخذ المخاطبين بها بأفعال كانوا غير منذرين بعواقبها، بما يناقض مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها كأصل فى النظم الجنائية جميعها.

خامساً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة، يفترض فى النصوص الجنائية أن تكون صريحة فى بيان الأفعال التى جرمتها حتى تخطر المخاطبين بها -وبصورة كافية- بمظاهر سلوكهم التى يتعين عليهم تجنبها. ولا يجوز بالتالى أن تتخبط مفاهيمها بين الحل والتحريم، لينبهم على أوساط الناس إدراكها، بما يجعلهم يختلفون فى موقفهم من نطاق تطبيقها. إذ ليس من السياسة الجنائية فى شئ؛ أن يتصيد المشرع أشخاصاً غير حذرين بطبيعتهم The unwary لا يستبصرون مخاطر غموض النصوص الجنائية أو تسيبها. ويقعون بالتالى فى حبائلها.

سادساً: أن الدساتير جميعها، تتوخى أن تكفل لمواطنيها، أكبر الفرص التى يباشرون من خلالها حرياتهم، فى إطار من الحرية المنظمة([3]).

([1]) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠٥ لسنه ١٢ قضائية- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٧- ص ١٥٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) Bassiouni, Criminal law and its Processes, 1974, P. 40.

([3]) Winters V. New York, 333 U.S. 507, 515-16 (1948).

ويتعين بالتالى أن تفرض الجهة القضائية أكثر صور رقابتها صرامة على القيود التى يوردها المشرع فى شأن حرياتهم هذه، ليس فقط من جهة مضمون هذه القيود أو محتواها؛ ولكن كذلك من ناحية درجة اليقين التى تطرحها، والتى لا بديل عنها حتى يوفق المخاطبون بها سلوكهم معها.

سابعاً: أن العقوبة الجنائية -وبالنظر إلى طبيعتها- لم تكن عبر مراحل مختلفة من التاريخ، غير أداة للطغيان والاضطهاد، يوجهها المستبدون فيما وراء أغراضها الاجتماعية، لتعبر عن إرادتهم فى التسلط على الآخرين، وعن مفاهيمهم فى التحرش بخصومهم والبطش بهم.

وظل الطغاة فى مواقعهم لا يريمون عنها، وازدادوا بها علوا حتى بعد اجتياجهم حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال العقوبة التى لونوها بأهوائهم.

بيد أن تطورا عميقاً طرأ على المفاهيم القديمة لتحل محلها قيم مختلفة؛ أهمها الإيمان بأن للحياة قدسيتها؛ وأن للحرية آفاقها وحرماتها التى لا يجوز أن تختل موازينها؛ وأن الطبيعة المدنية للحقوق الأساسية لكل فرد، لازمها التمكين منها والعمل على صونها؛ بما يحفظ للناس كرامتهم فى مواجهة سوء استعمال العقوبة، وتحوير أهدافها أو تشويهها.

وقد آل تراكم هذه القيم وتماسكها، إلى خلق أنماط جديدة للحياة تبنتها الأمم المتحضرة فى مظاهر سلوكها، وعلى الأخص من خلالها حزمها فى ضبط الأفعال التى تجرمها العقوبة بما يحكم معانيها فلا تتفرط؛ وبما يغلق نطاق تطبيقها على الدائرة المقصودة أصلا" منها؛ وعلى نحو يكفل إخطار الجناة المحتملين، بطبيعة هذه الأفعال ونتائجها فلا تتحدد قوالبها في صورة جامدة، ولا تتمرد صيغها على حكم العقل؛ ولا تداخلها نزوة تحرفها عن مقاصدها.

ذلك أن التجهيل بالأفعال التي تؤثمها النصوص الجنائية، مؤداه ألا يتجنبها حتى الأسوياء الذين يلتزمون بحكم القانون، ولا يعصون أوامره.

ولن يبصر القضاة والمحلفون كذلك حقيقة الجرائم التي يؤاخذ المشرع المتهمين بها. ومن المقصود بالتالي أن يضطربوا في فهم أركان الجريمة التي منعهم الدستور من مقاضاة المتهم عنها أكثر من مرة. Double Jeopardy

وفضلاً عما تقدم، فإن غموض النصوص الجنائية، مؤداه فهمها على أكثر من وجه. وفي ذلك إخلال بضوابط المحاكمة المنصفة التي لا يستقم تطبيقها بغير الوسائل القانونية

السليمة، وعلى ضوء القواعد القانونية عينها، وبما لا يخل بموازين العدل حتى فيما بين المتهمين أنفسهم.

ثامناً: أن جريمة احتقار لجان تقصى الحقائق التى يشكلها البرلمان، والتى يدان بها الأشخاص الذين يرفضون الإجابة على أسئلتها؛ تفترض أن يكون موضوع التحقيق واضحاً" حتى لا يتخبط أوساط الناس فى فهم محتواه؛ وحتى تتعلق به الأسئلة التى توجهها هذه اللجان إلى من تستدعيهم للشهادة أمامها.

ولا كذلك أن يكون موضوع التحقيق مستعصيا على التحديد الجلى المستقيم. إذ لا يتصور أن يدان بجريمة احتقار هذه اللجان، من يرفضون الإجابة على أسئلتها فى شأن تحقيق تتناقض عناصره، أو يغم عليهم فهم المسائل التى يتناولها. كذلك لا تقوم جريمة احتقار هذه اللجان، ولو كان موضوع التحقيق جليا، إذا كانت أسئلتها لا تتعلق به.

تاسعاً: وليس أشد خطراً على حقوق الأفراد من القوانين الجنائية التي شابها الغموض. ذلك أن التباسها عليهم يحملهم على التحوط من الوقوع في مخالبها، والتخلي بالتالي عن كثير من حقوقهم وحرياتهم كحرية التعبير، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

لا يجوز أن تعرقل النصوص العقابية –من خلال انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها، حقوقا كفلها الدستور، كالحق فى التنقل؛ أو ضمنها القانون الدولى العام– كالحق فى أن تباشر السفن الأجنبية حق المرور البرىء The right of innocent passage فى البحار الإقليمية؛ وحق المرور العابر The right of transit passage فى المضايق الدولية؛ وحرية الملاحة البحرية فى المناطق البحرية الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية([1]). ذلك أن التجهيل بالنصوص العقابية، يجعل القضاة مكلفين بتحديد معناها ونطاق تطبيقها، لتحل إرادة القضاه محل إرادة المشرع فيما لاشأن لهم به.

وفي ذلك خروج بالقوانين الجنائية عن حقيقة مهامها التي تنحصر في تحديد دائرة المخاطبين بها تحديدا قاطعاً لمنعهم من أفعال لا يجوز اجتماعياً التسامح فيها بالنظر إلى تعديها على حقوق وحرمات لا يجوز الإخلال بها؛ وإخلالها كذلك بالقيم التي ارتضتها الجماعة أسلوبا لحياتها، وتأكيداً لحقيقة أن القوانين الجنائية لا يجوز النظر إليها، باعتبارها

([1]) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستوريه" –جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤– القاعدة رقم ٢٨ – ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، وإنما توفر هذه القوانين لتلك الحرية مجالاتها الحيوية من خلال صور الجزاء التي تفرضها على من يقتحمون أبوابها. وفي ذلك ضمان لفعاليتها.

عاشراً: أن وضوح القوانين الجنائية؛ وإن كان مطلوبا" لتقرير دستوريتها، إلا أن هذا الوضوح يتعين أن يتوفر كذلك في غيرها من القوانين التى لها صفة الجزاء، ولو لم يكن جنائيا. ذلك أن جميعها ينبغي أن تحدد على وجه اليقين، نطاق الأفعال التى يفضى وقوعها، إلى الجزاء المنصوص عليه فيها(١).

(١) Jordan v. De George 341 U.S. 223 (1951).

الفصل السادس
إجراءات ما قبل المحاكمة

المبحث الأول
تقييم عام لهذه الإجراءات

٧٥٤- تصاغ القوانين الجنائية الإجرائية لضمان الفصل في الاتهام الجنائي بطريقة منصفة إلي حد النظر إلي هذه القواعد -أحيانا- بوصفها قانونا لحماية المتهمين.

وإن كان مضمونها في الدول الديموقراطيه يغاير نظيراتها في الدوَل الشمولية أو الديكتاتورية التي تعطي الأهمية الأكبر، والأولوية الأولي، لأوضاع مجتمعاتها، ولضرورة ضمان استقرارها وتحقيق مصالحها في القبض علي الجناة وإدانتهم.

وهي نظرة منتقدة. ذلك أن مكافحة الجريمة، وإن كان مطلبا للدول جميعها علي تباين اتجاهاتها ومذاهبها، إلا أن سعيها لتحقيق هذا الغرض، توازنه حقائق العدل التي يتعين فرضها، وقيم الكرامة الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها.

وهو ما دعا الدول الأكثر حرصا علي هذه الحقائق، وتلك القيم، إلي جعل نظمها الجنائية اتهامية في طبيعتها، وليس مجرد نظم تنقيبية تطارد المشبوهين وكأنهم الجناة.

وإلي قواعد القانون العام ترتد جملة القواعد الإجرائيةالمقررة لمصلحة المتهم، ويندرج تحتها ألا يدان متهم بغير قرائن ظرفية متساندة تؤكد ارتكابه للجريمة؛ وألا تزر الجريمة التى ارتكبها وزرين، وأن يفترض توافر أصل البراءة فيه ما لم يكن قد أدين عن الجريمة بحكم بات.

ولا يجوز بالتالى أن يدخل فى زمرة المجرمين قبل صدور هذا الحكم؛ ولا أن يدان عن الجريمة التى اتهم بها بناء على مجرد الشبهة؛ ولا أن تكون القرائن الظرفية التى تحيط بالجريمة، متهافتة أو يناقض بعضها البعض؛ ولا أن يعتبر مسئولاً عن الجريمة على ضوء واقعة يفيد منها، ولكن النيابة لم تكشفها، بل أخفتها.

وهذه القواعد -وما هو على شاكلتها- علتها أن الاتهام الجنائى يطرح خصومة بين طرفين غير متساويين هما النيابة بمواردها وسلطاتها التى تتركز فيها عناصر قوتها، والمتهم الماثل أمامها، وهو دونها فى الوسائل التى يملكها لدحض الاتهام.

إلا أن شرط الوسائل القانونية السليمة يوفر قدراً من التوازن فى الحقوق بين الطرفين. ويتحقق هذا التوازن من خلال حد أدنى من الحقوق التى يكفلها الدستور لكل متهم، من بينها أن يكون محاميه إلى جانبه فى مرحلة المحاكمه بكل أجزائها، وكذلك فى المرحلة الحرجة التى تتقدمها؛ وألا يحمل على الشهادة بما لا يريد؛ وأن يواجه شهود النيابة بشهود من عنده؛ وأن يجرح شهودها ليثير شكلاً معقولاً ولمصداقيتهم؛ وألا يفاجأ بواقعة تعزز مركزه فى نفي التهمة، ولكن النيابة أخفتها.

المطلب الأول
أهمية الإجراء فى المواد الجنائية بوجه عام

٧٥٥- وتدل التجربة علي أن مجرد الاتهام بالجريمة قد يلحق بالمتهم أخطر الأضرار وأفدحها. ذلك أن الاتهام بها، وإن كان مختلفا عن الدليل علي ارتكابها؛ إلا أن الجماهير في توترها من الإجرام، وغضبها وثورتها علي الجناة، كثيرا ما تحيط المتهمين بألوان من المعاناة، وبأجواء من القهر يعايشونها دون ما جريرة، وكأنهم مذنبون بالاتهام Guilt by Accusation، ولو كان بغير دليل. وليس ذلك غير نكول عن العدل يسحق المتهم بغير دفاع من جانبه.

وقد يحبس المتهم احتياطا حتى يحاكم ما لم يقدم كفالة للإفراج عنه. وقد يفقد عمله، أو يصد قرار بوقفه عن مباشرته. وقد يثار الغبار حول نزاهته، وتتغير علاقاته العائلية والعاطفية أو ترتد علي أعقابها. وعلي الأخص إذا كان محترفا لمهنة يقوم الاختيار فيها علي حسن السمعة. فالبنوك لا يعنيها غير طهارة العاملين فيها ونقاء سيرتهم. فإذا اتهم أحدهم بالاختلاس، فقد وظيفته بها بغير تردد. والاتهام في الصور المتقدمة جميعها، بقعة سوداء لا يزيلها المتهم إلا إذا بذل جهدا متواصلا لرفعها. والحقوق الإجرائية الكاملة التي تكفلها الدساتير للمتهمين، هي وحدها الضمان لإنصافهم ولتحقيق العدالة في محاكمتهم.

ويفترض بالتالي في كل إجراء يتخذ قبلهم أن يكون مقررا من أجل الوصول إلي الحقيقة، كافلا موازين الاعتدال في غير انفعال، وبعيدا عن التحكم.

وعلي ضوء هذه الموازين لا يجوز أن ينتزع دليل قهرا؛ ولا قصر تطبيق الوسائل القانونية السليمة علي المتهمين. ذلك أن مفاهيمها تحيط بالقضاة وبالمحلفين وبالمشرعين، علي تقدير أن كل ضمانة إجرائية، لها صلة وثيقة بحقائق العدل التي لا يجوز التفريط فيها. وهو ما تؤكده قراءة وثائق إعلان الحقوق التي تدل أحكامها علي أن غالبيتها من طبيعة إجرائية.

بل إن الإجراء –وكلما كان منصفا– هو نقطة الفصل بين النزوة وإعمال حكم القانون.

والقواعد الإجرائية في تطبيقها المباشر، هي التي تكفل عدالة متكافئة يظلها القانون. Equal Justice Under Law. ومن ثم كانت العدالة الإجرائية، عنصرا رئيسيا في مفهوم الوسائل القانونية السليمة.

وإذا كان القضاة يترددون كثيرا في إبطال القوانين الجنائية الموضوعية بالنظر إلي تعلق محلها في كثير من الأحيان بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع في كثير من الشئون التي يحيط أكثر من غيره بها، كتنظيم الاقتصاد؛ إلا أنهم ينفرون سريعا لمواجهة كل خلل في القواعد الإجرائية التي فرضها([1]). بل إن ضمانهم للحرية الشخصية، يقتضيهم تطبيق هذه القواعد فى مجموعها، فلا يؤخذ ببعض جوانبها. وإنما النظرة الكلية الشاملة لكافة مفرداتها، هى التى تعينهم على إدارة العدالة الجنائية وفق متطلباتها([2]).

وإذا كان الناس بوجه عام يختلفون حول السياسية التشريعية الضريبية مثلا، إلا أنهم يلتقون حول حقيقة لا نزاع فيها، حاصلها أن القواعد الإجرائية التي لا تحكم فيها، هى المدخل إلى إنصافهم والطريق إلى ضمان عدالة منصفة، فى مواجهة سوء استعمال السلطة البوليسية التي لن يكبحها غير شرط الوسائل القانونية السليمة، وحيدة القضاة واستقلالهم.

والناس جميعهم يدركون مخاطر قرع الشرطة لأبوابهم في ظلمة الليل، واستجوابهم لهم بصورة مرهقة بما يحطم إرادتهم، ومداهمتها منازلهم بغير إذن تفتيش، وتقييدها لحريتهم الشخصية في أماكن الاحتجاز التي تودعهم فيها.

ويستنهضون بالتالي من الدستور، كل الحقوق التي تكفل حسن معاملتهم. فلا يدانون بغيا، ولا تدار العدالة الجنائية علي نحو يؤذن بانحرافها عن غاياتها.

فالحقوق التي تكفلها الدساتير، مقررة للناس جميعهم أشقيائهم وأبريائهم. والقواعد الإجرائية تظل أفضل الرجال وأسوأهم. فالعدالة للناس جميعهم، وهم متساوون قبلها ليس فقط

([1]) فالمشـــرع مثلا قد يضع حداً أدنى للأجور لا يراه قيداً خطيراً على حرية التعاقد بناء على مصلحة عامة يقـــدرها. وقد ينظر إلى تصرفه كسياسة تشريعية حكيمة. ولا كذلك إنكار حق المتهم فى محاكمة منصفة أو فى أن يمثل بشخصه فى كل إجراءاتها.

([2]) وشبيه بذلك ما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض من أنه إذ قام الحكم المطعون فيه على قرائن متساندة، ثـم ظهر فساد بعضها أو إحداها، فقد تعين نقض الحكم إذ لا يعرف مبلغ الأثر الذى كان للدليل الباطل على تكوين عقيدة محكمة الموضوع.

لأنها أكثر ملاءمة أو أكثر فاعلية، وإنما كذلك لأن كل مواطن في كنفها يحيا آمنا مطمئنا، ومتمتعاً بكل أوجه الحماية التى كفلها الدستور والمشرع.

المطلب الثانى
أهمية الإجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة

٧٥٦- ولو أطلق رجال الشرطة أيديهم لتنال من كل حرمة، لصار القانون هشيما بفعلهم. وتلك مخاطر جسيمة لن يحتملها أحد. ولن يقوم بها مجتمعهم سوياً، لينهار عمداً. وليس ردع المجرمين هدفا وحيداً للقانون الجنائي. ذلك أن صون كرامة الإنسان في إطار الحرية المنظمة، من أغراضه.

وتحيط الوسائل القانونية السليمة بتطبيق القانون الجنائى. وهي وسائل لها من مرونتها ما يكفل مواجهتها لصور مختلفة من العدوان على الحرية الشخصية. ولا تتحد بالتالى ضوابط تطبيقها. فالأحداث يختلفون في مستويات هذا التطبيق عن البالغين. ومفهومها في المراحل السابقة علي محاكمة المتهمين، غير أبعادها بعد إدانتهم.

ولكنها تتطلب في كل صور تطبيقها أن يكون إنصافها من سماتها الرئيسية. ذلك أن طلبها وإن كان حقا مطلقا، إلا أن نطاق تطبيقها ليس موحداً. ولا يجوز بالتالي حبسها أو اعتقالها في مفاهيم جامدة. إذ هي في كل صورها نتاج العقل والحقائق التاريخية والسوابق القضائية؛ وحصاد نوع المصالح التي تواجهها؛ وتعدد البدائل التي كان يمكن إحلالها محل الإجراء المتخذ؛ ونقطة التوازن بين مزاياه والأضرار المترتبة عليه. وجميعها عوامل بيد القاضي النظر فيها ولو اتخذ الإجراء وقت التوتر أو الأزمة.

ذلك أن الحقوق الجوهرية التي نملكها في إطار الوسائل القانونية السليمة، لا يجوز إرجاؤها. ولا يعتبر حق الناس في الأمن، نافيا لطلبهم تحقيق الحرية وفرض متطلباتها.

والإصرار علي الحرية ليس نقيض الأمن، ولا مؤديا إلي هدم الأسس التي يقوم عليها. وقوة الأفراد في مجتمعهم أساسها حريتهم. ولا زال عنصر الإجراء في القاعدة القانونية أكثر أهمية من مضمون هذه القاعدة ذاتها. ذلك أن الإجراء ضمان للحرية.

والقوانين الجنائية في جوانبها الموضوعية -وأيا كان قدر سوئها- يجوز التعايش معها لو أحسن تطبيقها بصورة محايدة.

ولو خير الناس بين تطبيق قوانين منصفة بمفاهيم النظم الشمولية، وتطبيق قوانين سيئة بمفاهيم النظم الديموقراطية، لكان عنصر الإجراء نقطة التفاضل بين هذين النوعين من القوانين. ذلك أن الإجراء –وكلما كان منطقياً– ينفض عن القوانين الشمولية معايبها. فإذا كان الإجراء واقعا في غير نطاق الوسائل القانونية السليمة، فإن القوانين التي يتصل بها الإجراء –وأيا كان قدر موضوعيتها– تفقد مزاياها. فلا يكون تطبيقها إلا موازيا في الأثر لتطبيق القوانين الشمولية بوسائل قمعية([1]).

المطلب الثالث
مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة

٧٥٧– وفي النظم الفيدرالية، يثور سؤال هام وخطير حول القيود التي يجوز أن يفرضها شرط الوسائل القانونية السليمة، علي الطريقة التي تدير بها كل ولاية محاكماتها الجنائية([2]).

ذلك أن كل ولاية –وفيما عدا الجرائم التي تنشئها السلطة الاتحادية– تختص بتحديد كل ما يعتبر جريمة في نطاق إقليمها، مقيدة في ذلك بالضوابط التي يفرضها الدستور عليها، ومن بينها عدم جواز إقرار قوانين جنائية رجعية الأثر؛ وعدم جواز معاقبة شخص بغير محاكمة؛ وعدم جواز حرمان أحد من الحق في الحرية أو الحياة أو الملكية بغير الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في ذاتها محصلة تاريخية A historic product ترتد فى جذورها الأولى إلى الفصل ٣٩ من الماجنا كارتا Magna Carta ([3]).

([1]) David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, pp. 3-24 (1976).

([2]) في قضية Rochin, v.California 342 U.S. 165 (1952) ضد ولاية كاليفورنيا كان بعض معاوني مفوض الشرطة بلوس انجلوس، قد تلقوا بعض المعلومات التي تفيد اتجار روشين في المواد المخدرة، فتوجهوا في صبيحة أول يوليو ١٩٤٩ إلي منزله، فوجدوا بابه الخارجي مفتوحا فدخلوه. ثم اقتحموا بابا يؤدي إلي غرفة نومه التي أسفر تفتيشها عن وجود كبسولتين علي منضدة مجاورة لسريره. وحين سئل عنهما، قام بابتلاعهما، فقفز رجال الشرطة فوقه محاولين استخراجهما من فمه، إلا أن استعمال القوة من جانبهم لم يجد نفعا بسبب المقاومة التي أبداها، فاقتادوه إلي مستشفي حيث قام أحد الأطباء –وبناء علي طلب شرطي– بإدخال محلول إلي معدته وضد إرادته، فاستفرغ ما فيها مختلطا بالكبسولتين اللتين تبين فيما بعد، احتواءهما علي مادة المورفين. وقد اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة هذا الاجراء، تدبيراً فجا منافيا للقيم الإنسانية ومصادما للشعور العام".

([3]) فى هذا الفصل وعد الملك جون بأن الرجل الحر لن يؤخذ أو يسجن أو ينفى أو يدمر على أى نحو، ولا أن يتســلط عليه أحد، ما لم يكن ذلك بمقتضى حكم مشروع يصدر عن نظرائه his peers أو بمقتضى قانون البلد.

ومرد ذلك أن الوسائل القانونية السليمة تبلور مجموع الحقوق القائمة على القيم الخلقية، والتى تصل فى عمقها إلى حد اعتبارها جزءا من التقاليد التى تربط الدول بمجتمعاتها، والغائرة كذلك فى وجدان شعوبها بما يجعلها من الأفكار التى تحدد ما يعتبر منصفاً Fair وحقا Right وعدلاً Just ([1]).

وتفرض المحكمة الأعلى في الدولة الفيدرالية رقابتها علي مسار المحاكمة، وكذلك في شأن القواعد الإجرائية التي تحيطها، والتي يعتبر الحكم بالإدانة خاتمتها، حتى تستوثق بنفسها من ضمان مفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة. ذلك أن شرط الوسائل القانونية ارتبط فى كثير من تطبيقاته بكل ضمانة إجرائية تكفل حقوق المتهمين. وهى بعد ضمانة لا تستقل السلطة التشريعية ببيان حدودها، وإنما هى قيد عليها وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية كذلك. ولكل الأشخاص حق فى هذه الوسائل التى لا تقوم العدالة بدونها سوية على قدميها. وليس ثمة صياغة موثوق بها تتحدد علي ضوئها معايير هذه العدالة، ولا ضوابط تطبيقها، وإن تعين القول بأن هذا الشرط ضمانة إجرائية ضد سوء استعمال السلطة والتحكم. وهو كذلك ضمانة مركزة تعبر الدساتير عنها بصورة موجزة؛ وإن كان هدفها ضمان الحصانة الشخصية التي تقتضيها الحرية المنظمة([2]).

وغموض نصوص الدستور أو خفاء معانيها ليس بشيء يدعو إلي الأسى. فالكلمة رمز لشيء، وهو تفصح عن نفسها من خلال حاشية قد تكون تاريخية أو غير تاريخية، وعلي ضوئها يتحدد معناها.

ويعتبر شرط الوسائل القانونية السليمة من أكثر الشروط خفاء في مجال تحديد معناه، وأكثرها شمولا علي نطاق صور الحرية التي يكفلها. بيد أن غموض هذا الشرط، لا يعني أن تبتدع المحكمة من عندها مفاهيم تنسبها إليه، تعكس بها وجهة النظر الشخصية لقضاتها، وأن كان عليها أن تنظر لكل حالة على حدة، وأن تحدد لهذا الشرط معناه على ضوء ظروفها وما

([1]) Palko v.Connecticut, 302 U.S. 319 (1937); Solesbee v.Balkcon, 339U.S.9(1950).

([2]) مـــن تطبـــيقات هذا الشرط، أن القبض أو التفتيش غير المبرر، يخول المضرور الحق فى التعويض والحصول على غير ذلك من أشكال الترضية القضائية التى يكفلها الدستور أو المشرع.

Monroe v. pape, 365 U.S. 658 (1961).

ومـــن ذلـــك مـــا تنص عليه المادة ٥٧ من الدستور المصرى من أن كل عدوان على الحقوق والحريات المنصـــوص عليها فيه، يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى العمومية الناشئة عنها بالتقادم. فضلاً عن حق ضحايا هذه الجرائم فى الحصول على تعويض من الدولة.

يحيط بها تقاليد، ووفق طبيعة المصلحة التى وقع الإخلال بها، وكيفية خرقها، والبدائل المتاحة عن الإجراء المتخذ، وحدود التوازن بين أضراره وفوائده([1]).

ولئن كان مفهوم ذلك الشرط غير محدد، وليس نهائيا، إلا أن القيود التي يفرضها ترتبط بالنظرة الشاملة للنهج القضائي في بلد معين، وكذلك بتطور القانون، وبدلالة الاقتضاء العقلي. ولا يجوز القول بالتالي بأن ذلك الشرط إحياء للقانون الطبيعي، ولا تجميده عند لحظة زمنية أو فكر محدد، وإلا آل أمر الرقابة القضائية علي الدستورية إلي عملية آلية لا دور للقضاة فيها. على أن يكون مفهوما أن شرط الوسائل القانونية السليمةProcedural due process ، ليس مجرد ضمانة إجرائية ضد التحكم والتسلط، وإنما هو كذلك ضمانة موضوعية Substantive due process تواجه تحكم المشرع فى مجال النصوص القانونية التى يقرها أو يصدرها والتى يخل بها بحق الأفراد فى الحياة أو فى الحرية أو فى الملكية Arbitrary legislation.

وكلما أثير شرط الوسائل القانونية السليمة في خصومة جنائية، فإن تطبيقه عليها يقتضى تقييما يستند إلي موضوعية التحقيق الذي تجريه المحكمة بروح علمية، وإلي عرض متوازن للحقائق التى تطرحها المحاكمة؛ وإلي تقدير متجرد للمصالح المتناحرة، وإلي ضرورة التوفيق بين متطلبات الاستقرار، وفرائض التغيير في جماعة بذاتها لها تقاليدها وقيمها وثوابتها.

ولا يتصور فى الدول الفيدرالية، أن تكون لكل ولاية من وحداتها الإقليمية، مفاهيمها الخاصة فى شأن الإطار العام للحقوق التى يملكها المتهم فى مواجهة سلطة الاتهام؛ ولا أن تحدد هذه الحقوق على نحو ينزل بها إلى مادون المستويات الموضوعية التى درج العمل فى الدول الديموقراطية على احترامها؛ ولا أن تختل الضوابط الكلية للتجريم بين ولايتها المختلفة كأن تقرر إحداها أثراً رجعياً لقانون. ولا يجوز كذلك أن يتقرر بطلان دليل فى ولاية، وأن يقبل فى غيرها([2]) ولا أن تتسامح إحداها في قبض أو تفتيش يفتقر إلى المعقولية Unreasonable search or seizure أو تسقط حق المضرورين من أخطاء القائمين على تنفيذ القانون فى الحصول على تعويض لجبر الأضرار الناجمة عنها([3]). فذلك كله مما يناقض الخطوط الرئيسية للعدالة الجنائية الإجرائية.

([1]) Joint Anti fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

([2]) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S 388 (1971);Bell v. Hood, 327 U.S. 678 (1946).

([3]) Foote, Tort remedies for police violations of Individual rights, 39 MINN. L. Rev. 493 (1955).

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة، وإن كان مستعصياً علي التحديد النهائي لمحتواه، إلا أن تحديده -في التصور الإجمالي- يستلزم مراعاة ضوابط ومعايير للسلوك لا تنتهي إلي قرار بالإدانة بناء علي وسائل تهدد معني العدالة ذاتها؛ كأن يقر شخص قهرا بجريمة، ولو قام الدليل علي أن إقراره مطابق للحقيقة الواقعة. ولا يجوز بأية حال إضفاء عباءة القانون علي أعمال رجال الشرطة الوحشية وسلوكهم المصادم للوجدان، وإلا كان ذلك مدعاة لاحتقار القانون، وإهدارا للقيم التي يمثلها، وإذكاء للنزعة العدوانية في الجماعة، لتسودها شريعة القوة.

وكلما انتزع رجال الشرطة إقرارا بالجريمة بوسائل تفوق التصور في عدوانيتها ووحشيتها، وعلي نحو يناقض الكرامة الإنسانية، كان تصرفهم إخلالا جسيما بشرط الوسائل القانونية السليمة، خاصة وأن الدستور يكفل الحماية للحقوق في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية([1]).

([1])Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Brown v.Mississipi, 297 U.S. 278 (1936); Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949).

وفى هذه القضية الأخيرة، عزل المشبوه بغير أن يعرض فى طابور عرض لأيام عدة، وبغير أن ينبه إلى حقوقه، ومع حبسه فى زنزانة انفرادية، وبغير أن يتوافر له مكان للنوم سوى على الأرض، ومع أسئلة متتابعة توجه إليه يوميا فيما عدا يوم الأحد. ومع تناوب رجال الشرطه فى توجيههم لهذه الأسئلة ولفترات تتراوح بين ثلاث ساعات وتسع ساعات ونصف فى اليوم الواحد.

المبحث الثاني
مدخل عام للقبض والتفتيش([1])

٧٥٨- يناقض القبض والتفتيش بغير مسوغ، حق المواطنين في تأمين أشخاصهم ومساكنهم وأوراقهم ومتعلقاتهم الشخصية من صور القبض والتفتيش غير المبررة([2]). ولا يجوز بالتالي أن يكون أحدهما أو كلاهما مدخلا لإهدار كرامة الإنسان أو لاقتحام خواص الحياة ودخائلها بطريقة يظلها التحكم، سواء كان القائم بالقبض أو التفتيش رجل شرطة أو غيره من القائمين على تنفيذ القانون.

وإذ كان من المقرر قانونا أن للمنازل حرمة، وأن من يقرعون أبوابها من غير أهلها ويدخلونها دون إذن منهم، إنما ينتهكونها؛ وكان الأصل في حقوق الإنسان أنها تعبر عن أحوالها في كل العصور، فلا يتقيد إنفاذها بزمن معين، ولا بجيل دون آخر، ولا بطريق يكفلها دون طريق؛ وكان لهذه الحقوق من شمولها واتساع دائرة تطبيقها، ما يجعلها من شرائط الحياة الملائمة ومتطلباتها الآمنة؛ فقد تعين أن ينظر إليها بوصفها حقوقا دائمة لا تبديل فيها، ولا قيد عليها يعطل الأغراض المقصودة منها، وأن ثمة توازن يتعين أن يتحقق بين إطلاق هذه الحقوق، وبين ضرورة فرض قيود منطقية عليها لا تحد دون مقتض من المجال الطبيعي لحركتها. ومن ثم جاز القبض والتفتيش كلما كان مبررا بقرائن ظرفية لها أصلها في الأوراق، ولها من رجحان دلالتها، ما يعزز الاقتناع بجديتها.

والأصل في هذه القرائن ألا تصل في جزمها إلي حد التيقن من وقوع الجريمة، ومن نسبتها إلي شخص معين.

ذلك أن الإذن بالقبض أو التفتيش ليس دليل وقوع الجريمة، ولا هو تحديد لشكل أو درجة الاسهام فى ارتكابها؛ وإنما هو إرهاص بها. وهو بذلك ليس دليلا"عليها، ولا قطعا بالمسئولين عنها، وأن تعين دوما إن يصدر الإذن بناء علي قرائن الأحوال التي لا تهبط إلي مجرد الشبهة التي ليس لها من ساق، ولو كان الإذن مصحوبا بيمين([3]).

([1]) كان ينظر دائما فى انجلترا إلى حظر الإذن والتفتيش غير المبرر، على ضوء العبارة الشهيرة التى تقول إن بيت الرجل قلعته Every man's house is his castle وقد تحقق تطبيق هذا المبدأ فى قضية Symayn'e Case التى فصل فيها عام ١٦٠٣ والتى اعترفت بحق صاحب المسكن فى الدفاع عن حرمته فى مواجهة اقتحامه غير المشروع حتى من قبل رجال الملك.

([2]) تتحدد منطقية التفتيش على ضوء تامة الوقائع والظروف ذات الصلة.

United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950).

([3]) United States v.Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

وتعين بالتالى أن تقارن الإذن قرائن ظرفيه لها من رجحانها ما يبرر صدوره Probable Cause وهو ما يقتضى من القائمين على تنفيذ القانون -وكلما كان ذلك عمليا- الحصول على إذن بالقبض أو التفتيش قبل مباشرتهما.

وليس لازما دوما أن يصدر الإذن عن قاض، وإنما يكفي أن تصدره جهة لها من استقلالها، ومن انقطاع صلتها بالموضوع المعروض عليهاDetachment، وزوال مصلحتها فيه، ما يكفل الاطمئنان لتجرد تقديرها بوقوع جريمة ما، وبالمسئولين عنها، من النوازع الشخصية التي تميل بميزان الحق عن حدوده([1]).

وإذا قيل بأن بطلان القبض أو التفتيش غير المأذون بهما بالمخالفة للدستور، كثيرا ما يحبط جهود رجال الشرطة في مطاردة الجناة وتعقبهم، ويبطل أعمالهم بناء علي دفوع يطرحها المتهمون، وتقوم علي أدق التفاصيل والحيل القانونية التي لا يفطن إليها غير رجال القانون الأكثر خبرة، الذين يدركون قواعد القانون المعقدة، وينفذون من ثغراتها التي يبطلون بها كل دليل تأتي من قبض أو تفتيش تم بالمخالفة للقانون أو الدستور؛ إلا أن حل هذه الصعوبة لا يتحقق بإطلاق العنان لسلطة القائمين علي تنفيذ القانون، وإنما من خلال تقرير ضوابط معقولة لها لا يكون فهمها عسيراً، ولا تحيط بهم لتكبل أقدامهم.

ويتحقق هذا التوازن من خلال الاستثناء من شرط الإذن فى القبض والتفتيش فى أحوال خاصة يندرج تحتها أن بعض الظروف الملجئة Exigent circumstances قد تبرر إجراءهما بغير إذن. كأن تكون المنطقة التى يتم فيها التفتيش العارض على القبض Incident to arrest واقعة فى سيطرة المقبوض عليه؛ وكذلك إذا توافر للقائمين على تنفيذ القانون مبرر معقول للاعتقاد بأن هاربا يقيم فى منزل، وأن وجوده فيه يهدد حياة آخرين([2]).

المطلب الأول

استبعاد كل دليل يأتي من مصدر غير مشروع

٧٥٩- وأظهر العمل كذلك في بعض الدول الفيدرالية، أن الموظفين الفيدراليين كثيرا ما يختلقون أدلة بالمخالفة للدستور؛ وقد يدورون حول الدستور بإرسالهم الأدلة غير المقبولة أمام المحاكم الاتحادية، إلي النيابة العامة المحلية في الولاية لاستخدامها ضد المتهمين الذين تتعلق

([1]) Shadwick v.City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

([2]) New York V. Burger, 282 U.S. 691 (1987); Illinois v. Rodriguez, 294 U.S. 177 (1990); Maryland V. Buie, 494 U.S. 325 (1990).

هذه الأدلة بهم، وكأنهم يقدمونها للسلطة المحلية علي طبق من الفضة([1]). وفاتهم أن استعمال الأدلـــة الملـــوثة أمـــام القضاء، ليس سياسية قضائية سيئة يجوز أن يشرع الكونجرس علي خلافها، وإنما يدين الدستور استخدام هذه الأدلة، فلا يجوز قبولها. خاصة على ضوء ما لوحظ مـــن أن وســـائل الـــرقابة علـــى رجال الشرطة لحملهم على الخضوع للقانون، لم تثنهم عن مخالفـــته. وصـــار ثابتا أن قاعدة استبعاد الدليل الباطل، يتعين أن تكون نهجا يحكم العمل في المحـــاكم الفيدرالـــية والمحلية علي سواء؛ وأن ضمانة الإذن المبرر التي يحيط بها الدستور القبض والتفتيش، يتعين الإصرار عليها بما يكفل تطبيقها في كل الفروض التي تسعها، ولو آل هذا التطبيق إلي إطلاق سراح بعض المجرمين الضالعين في الجريمة. ذلك أنهم يفلتون بحكم القانون من عقابهم عنها.

وليس أسرع في هدم النظم القانونية من الإعراض عن تطبيقها من خلال أفعال تأتيها الدولة، وتناقض بها شرعية وجودها، خاصة وأن الجريمة بالضرورة مرض معد، وأن السلطة التي تنقض بيدها القوانين التي وضعتها بنفسها، إنما تحمل غيرها علي احتقار القانون وتدفعهم إلي الحصول علي حقوقهم بأيديهم. ولا بديل عن هذا التحكم غير هدم كل دليل باطل إعمالا لحكم الدستور، وليس كمجرد سياسة قضائية يجوز أن تشرع السلطة التشريعية علي خلافها.

يؤيد هذا النظر: أن الاعتماد علي دليل تأتي من تفتيش باطل، لا يقل سوءا عن انتزاع أقوال تؤثم من يدلون بها قهراً. كلاهما يتحقق بالمخالفة للقانون حتى يتهيأ للجريمة الدليل عليها([2]). فضلا عن أن مداهمة الناس لإدانتهم بها، مؤداه اختراق خواص حياتهم وحرمة منازلهم The sanctity of a man's home and the privacies of life.

ذلك أن دخول المنازل بغير إذن أهلها، ودون ترخيص بدخولها يصدر عن السلطة المختصة بإصدار الإذن بتفتيشها، ليس مجرد قرع علي أبوابها، ولا هو مجرد فض للخزائن والصناديق والأدراج الموجودة بها وبعثرة لمحتوياتها. وإنما يخل إخلالا جسيما بحقهم في الأمن والاطمئنان، وكذلك بحريتهم الشخصية، وبملكيتهم الخاصة. وهي حقوق تظل قائمة لحسابهم ما لم يسقطها حكم قضائي يكون باتا. ولا يجوز بالتالى تجريمهم بناء علي تفتيش

---

(1) Elkins v.United States, 364 U.S. 206 (1960); Weeks v.United States, 232 U.S. 383 (1914).

(2) Boyd v.United States, 116 U.S. 616 (1886).

باطل ينتزع أوراقهم الخاصة، ويصادر أشياء يملكونها([1]) فالتفتيش فى هذه الصور جميعا يناهض ما يتوقعونه عقلا من أن تظل لمنازلهم حرمتها([2]).

ويتعين بالتالى استبعاد الدليل الناجم عن هذا التفتيش، ولو كان القائمون بالتفتيش الباطل، سيحصلون علي ذلك الدليل لا محالة بالوسائل القانونية، أو كان لهم من حسن نيتهم، ما يرد عنهم شبهة الاندفاع إلي إجراء هذا التفتيش. وليس ثمة بديل عن إبطال الدليل في هذه الصور جميعها، ولو كان سببه فنيا. خاصة وأن استعمال الأشياء التى تم ضبطها من خلال التفتيش الباطل فى محاكمة جنائية، يضر بمركز المتهم بصورة خطيرة، وينطوى كذلك على عدوان على ملكيته، ولو كان ما حاق بها من ضرر تافهاSo minute .

كذلك لا يعتبر حصول المضرور علي تعويض مدني من جراء التفتيش الباطل، بديلا عن استبعاد دليل تأتي من هذا التفتيش. وهى قاعدة يتعين تطبيقها كذلك على كل دليل تأتى من إكراه ([3]).

ذلك أن تقديم مثل هذا الدليل إلى القضاء، مؤداه استعماله ضد المكره ليكون مدخلاً إلى تجريمه بالمخالفة لحظر تجريم الشخص لنفسه بنفسه.

ويعتد بكل دليل تأتي من تفتيش صحيح، ولو لم يكن لهذا الدليل صلة بالجريمة التي تعلق التفتيش بها، سواء في أدواتها أو ثمارها([4]). The fruits and instruments of the crime.

([1]) Boyd v.United States. 116 U.S. 616 (1886).

ويتعين كذلك هدم كل دليل تأتى من قبض غير مشروع وكذلك كل ما اشتق عن هذا الدليل من قول أو اعتراف. ومن ثم يبطل كل اعتراف نجم عن احتجاز غير مشروع ما لم يثبت أن الصله بين هذا الاحتجاز وذلك الاعتراف ضئيله إلى حد يمكن معه القول بأن الاعتراف لم يتلوث بالاحتجاز وتسرى هذه القاعدة على بصمات الأصابع وغيرها من الأدلة المادية التى نجمت عن الاحتجاز غير المشروع، إذ يتعين قمعها.

David V. Mississippi, 394 U.S. 721 (1969)

([2]) Warden v.Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

ويلاحظ أن محكمة النقض فى مصر تبطل الدليل المتأتى من مصدر غير مشروع إذا كان يفضى إلى الإدانه لا إلى البراءة.

([3]) يعتبـــر إجـــراء القبض أو التفتيش بطريق غير مشروع، مصدراً للحق في الرجوع بالتعويض على الذين قامـــوا به. ولكل من هؤلاءأن يدفع دعوى التعويض بأنه كان يعتقد حقاً وبحسن نية أن ظروف القبض والتفتيش تقتضيه Exigent circumstances وأن لها من قوتها ما يرجح اتخاذ الإجراء.

Anderson v. Creighton, 483 U.S 635 (1987).

([4]) Mancusi V. De Farte, 392 , U.S. 364 (1968).

المطلب الثاني
شروط صحة التفتيش

٧٦٠- وليس أصون لحرمة خواص الحياة، من تفتيش يقيده الدستور بكثير من الضوابط التي يندرج تحتها أن يصدر عن جهة محايدة لها من ضماناتها ما يؤكد موضوعية تصرفاتها، ومن القرائن التي تعتمد عليها في إصدار إذن التفتيش، ما يرجح صحتها، ومن تعيين الأماكن التي يتم تفتيشها والأشخاص والأشياء التي يجوز ضبطها فيها، ما يكفل تخصيص هذا الإذن The specificity or particularity requirement، وتطبيقه في حدود ضيقة.

٧٦١- وانفراد هذه الجهة المحايدة التي لا صلة لها بموضوع الإذن، مؤداه أن غيرها لا يجوز أن يحل محلها فيه؛ وأن بيدها وحدها تقدير مبرر إصداره؛ وأن تقدير القائمين علي تنفيذ القانون، لقيمة القرآئن التي جمعوها -ولو كان هذا التقدير صائبا- لا يقيدها؛ وأن اختلال موازين التقدير في أيديهم بالنظر إلي جموحهم في مطاردة الجناة وتعقبهم Zealousness، لا يقل سوءا عن تطرق العوامل الشخصية إلي الجهة التي أولاها المشرع اختصاص إصدار الإذن، كإسهامها السابق في أعمال التحقيق، أو في مرحلة الاتهام، بما يجعلها شريكا فيها، وبما يخل بحيدتها ويقيم صلة حقيقة بينها وبين موضوع الإذن الصادر عنها، ليبطل الإذن، مع كافة الأدلة التي تم التحصل عليها كأثر لتطبيقه. إذ يعامل التفتيش بمقتضى هذا الإذن كما لو تم بغير إذن أصلاً. The search stands in no firmer ground than if has been no warrant at all. ذلك أن ضمان الحرية فى مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، يعتبر حقاً جوهرياً يجب ضمانه ضد كل اختراق، ولو صدر عن ولاية فى تنظيم فيدرالى([1]).

٧٦٢- ولا يشترط لصحة الإذن، أن يصدر بناء علي رؤية أو متابعة شخصية للواقعة التي أسس عليها. ذلك أن الشهادة السماعية تكفي لجوازه، إذا كان من أدلي بها موثوقا فيه، أو كان ظاهر الحال يؤيدها([2]).

وكلما قام الإذن علي قرائن اطمأن إليها من أصدره، وحدد وجه معقوليتها، وأبان بصورة واضحة عمن يشملهم من الأشخاص أو الأشياء أو الأماكن التي يراد ضبطها وتفتيشها؛ صار الإذن قاطعا بمجال تطبيقه؛ وصحيحا في القانون، وقابلا للتنفيذ.

([1]) Coolidge v.New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Wolf. V. Colorada 338 U.S. 25 (1949).

([2]) McGray v.Illionois, 386 U.S. 300 (1967).

ويبطل كل إذن يقوم علي واقعة افترضها من تحراها، ولم يحققها أحد من القائمين علي تنفيذ القانون، أو علــي واقعة لفقها أو انتحلها([1])، أو على واقعة كشفها شخص من آحاد الناس([2]).

ويجوز بناء علي إذن صحيح، تفتيش الأماكن -أيا كان شاغلوها- إذا ثارت شبهة احتوائها علي دليل الجريمة أو أدواتها أو ثمارها The proceeds or tools of the crime، بشرط أن تكون هذه الشبهة قائمة علي أساس([3]) Probable Cause.

كما يجوز استعمال القوة لتنفيذ الإذن، ولو لم يخطر من تعلق به الإذن بصدوره. بل إن مثل هذا الأخطار يعرقل جهود القائمين بتنفيذ القانون في مجال تحقيق الأغراض التي يستهدفونها، وعلي الأخص كلما كان بحوزة الأشخاص الذين صدر الإذن في شأنهم وثائق بها دليل الجريمة، إذ يعمدون إلي إخفائها لو علموا بتوجه رجال الشرطة لتفتيش الأماكن التي أودعوها فيها.

٧٦٣- ولا تنظر بعض المحاكم إلي إذن القبض بالطريقة ذاتها التي تتعامل بها مع إذن التفتيش. وكثيرا ما تغض بصرها عن قبض بغير إذن أجراه رجال السلطة في الجرائم المتلبس بها، أو في الجرائم التي يقوم حدوثها علي دليل معقول يبرر تصرفهم بشأنها([4]).

بيد أن هذا الاتجاه منتقد. ذلك أن تقدير معقولية الإجراء في حالة القبض، لا يقل أهمية عن تقديره في حالة التفتيش. كلاهما تقدير لا يجوز أن يستقل به القائمون علي تنفيذ القانون، وإنما يتعين أن يصدر به إذن من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص([5]). وأن يكون التفتيش، معاصرا للقبض.

٧٦٤- ويلاحظ أن قبض رجال الشرطة علي أشخاص وفقا للقانون، يخولهم الحق في تفتيشهم بغير إذن، وكذلك تفتيش الأماكن التي يوجدون بها أثناء القبض عليهم. ذلك أنهم قد

([1]) Franks v.Delaware, 438U.S. 154 (1978).

([2]) Burdenau v.Mcdowell, 256 U.S. 465 (1921).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد رجال الأعمال قام بعد فصله لأحد العاملين لديه، بفتح أدراجه وخزانته التي كان يحتفظ فيها ببعض الأوراق، وقدمها إلي السلطة التي كانت تتولي التحقيق في سلوكه، إلا أن المحكمة العليا قضت بان الضمانة ضد القبض والتفتيش غير المبرر، لا تعمل إلا في مواجهة رجال السلطة.

([3]) Zurcher v.The Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).

([4]) أنظر الرأي المخالف للقاضي بريnان والقاضي مارشال في ص ٤٤٧ من قضية:

United States v.Watson; U.S. 411 (1976).

([5]) Caroll v.United States, 267 U.S. 132 (1925).

يحملون أسلحة يهددونهم بها، وقد يعمدون إلي تدمير الأدلة التي في حوزتهم، أو يفرون من قبضتهم([1]).

والتفتيش في هذه الأحوال جميعا، عارض علي القبض Incident to the arrest. فلا يكون ضبط ما يوجد من الأشياء في الأماكن التي تم تفتيشها، غير نتيجة عرضية للقبض عليهم وفقا للقانون. ويتعين تفسير سلطة التفتيش هذه في أضيق الحدود. ذلك أن التفتيش ما كان ليجوز لولا أن موقفا قائما عند إجراء القبض المشروع، حمل رجال الشرطة علي إجراء التفتيش. ويتعين أن تقدر هذه الضرورة بقدرها. فلا يجوز التفتيش بغير إذن إلا إذا كان اشتراطه في إطار الأوضاع القائمة وقت القبض، غير متصور عقلا أو عملا([2]).

ويتوخي هذا القيد الأخير، ألا يلتهم الاستثناء، قاعدة حظر التفتيش غير المأذون به. وهو قيد مؤداه ألا يتم تفتيش بغير إذن فيما خلا الأوضاع القاهرة Compelling Reasons. التي يقتضيها ظاهر الحال([3]). Exigent circumstances requirement.

بيد أن ذلك القيد سرعان ما بدا عصيا علي التطبيق في غير الأحوال الاستثنائية النادرة. ومن ثم أبدل بقيد آخر مؤداه أن التفتيش المقارن للقبض المشروع، يكون جائزا كلما كان معقولا، علي أن تتحدد معقولية التفتيش غير المأذون به، علي ضوء كافة الأوضاع ذات الصلة التي تعاصره([4]).The total atmosphere of the case.

ثم عدل عن هذا المعيار كذلك إلي آخر يجيز التفتيش المقارن للقبض المشروع، بشرط أن يكون نتيجة عرضية للقبض. وأن يقتصر علي الشخص الذي تعلق به إذن القبض، وألا يمتد إلي غير الأماكن المجاورة للقبض، والتي يدل ظاهر الحال علي سيطرة هذا الشخص عليها، وأن بوسعه الحصول منها علي الأسلحة التي يريدها، أو أن يدمر في نطاقها دليلا ضده. فإذا جاوز التفتيش حدود هذه الدائرة، صار إجراء غير معقول، وباطلا([5]).

٧٦٥- ولأن الحق في خواص الحياة يرتبط بالأماكن والأشياء التي يملكها الشخص أو يحوزها لحسابه، مما جعل جواز تفتيشها معلقا علي إذن بذلك، فقد جاز الإذن بتفتيش وسائط النقل، وضبط الأشياء الموجودة فيها، إذا كان الأشخاص الذين يركبون هذه الوسائط لا

([1]) Angello v.United States, 269 U.S. 20 (1926); Marron v.United States, 275 U.S. 192 (1927).
([2]) Trupiano v.United States, 334 U.S. 699 (1948).
([3]) McDonald v.United States, 335 U.S. 451 (1948).
([4]) United States, v.Robinowitz, 338 U.S. 56 (1950).
([5]) Chimel v.California 395 U.S. 752 (1969).

يملكونها، لا هي ولا الأشياء التي تم ضبطها فيها، وكان قد توافر مبرر معقول علي نقلها مواد محظورة، أو تم تهريبها، أو مباشرتها غير ذلك من أوجه النشاط غير المشروع([1]).

ذلك أن وسائط النقل هذه تسرع في انتقالها من مكان إلي آخر. ولن يكون صدور إذن في شأنها مجديا إذا تم ضبطها فيما وراء النطاق المكاني لهذا الإذن، وقد يكون للدولة حق عليها يخولها مصادرة محتوياتها. إذ يجوز جرها إلي مخفر الشرطة وتفتيشها. وحتى وسائل النقل الموجودة في مكان انتظارها، فإن قائدها قد يحركها فجأة إلي مكان أخر.

وقد تكون السيارة أداة جريمة قتل أو غيرها من الجرائم. فإذا قام مبرر معقول علي أنها كذلك، جاز أخذ جزء من طلائها الخارجي لتحليله، كلما تم ضبطها في مكان انتظار عام([2]).

ولا يجوز بالتالي أن يتعرض رجال الشرطة عشوائيا لوسائل النقل Random visits؛ ولا وقفها لتفتيشها دون قرائن راجحة Probable Cause؛ ولا الأخذ بالدليل الذي يتأتي من تفتيشها علي هذا النحو([3]). فإذا توافر لديهم دليل ذو شأن، عن حيازتها أشياء منعها المشرع من حملها، كالمواد المخدرة أو المهربة، جاز تفتيشها بصورة كاملة، كما لو كان بيدهم إذن بالتفتيش، ليمتد هذا الإجراء إلي كل محتوياتها، وإلي طرودها التي يحتمل أن يكون الجناة قد أخفوها فيها([4]).

٧٦٦- ويخول إذن التفتيش الدخول عنوة في الأماكن التي يعينها، وما بها من أشياء حددها، ومن يوجدون فيها من الأشخاص الذين وصفهم؛ إلا أن مراقبتهم في أحاديثهم التليفونية، ورصدها وتسجيلها، يخل بحقهم في الأمن، وفي ضمان حرمة خواص حياتهم ومساكنهم، وجميعها قيم حرص الدستور علي صونها خاصة إزاء تطور الوسائل العلمية التي تهدد الناس في حرماتهم، بالنظر إلي اختراقها من بعيد، ما حرص الناس في نطاق توقعهم المشروع، علي أن يظل خافيا عن الأعين والآذان. بل إن الوسائل العلمية الحديثة ترصد

([1]) يجــوز كذلك تفتيش الأماكن العامه والسجون وأماكن إيداع خردة السيارات والسجون بغير إذن. إذ يعتبر التفتيش فى هذه الصوره تفتيشا إدارياً لأغراض تنظيميه تربو فيها مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد.
I llinois V. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

([2]) Carroll v.United States, 267 U.S. 132 (1925), Husty v.United States, 282 U.S. 694 (1931); United States, v.Di Re, 332 U.S. 581 (1948); Brinegar v.United States, 338 U.S. 160(1949); Henry v.United States,361 U.S. 98 (1959); Cooper v.Califorina, 386 U.S. 58 (1967); Rakas v.Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

([3]) Delaware v.Prouse, 440 U.S. 648 (1979); Almeida- Sanchez V. United States, 413 U.S. 266 (1973).

([4]) United States, v.Ross. 456 U.S. 798 (1982).

الناس حتى في همساتهم، وأخص دخائلهم، وأعمق عواطفهم لتحيط بها داخل غرفهم المغلقة التي اطمأنوا إلي أن احتماءهم بجدرانها، عائق من انتهاكها.

حقا إن كثيرين من القائمين علي تنفيذ القانون، يعنيهم فرض أحكامه علي الناس جميعهم بلا تمييز، إلا أن أداءهم لواجبهم مقيد بالدستور والقانون. وليس لهم بالتالي حق في الانزلاق إلي جريمة تنصتهم -بغير إذن قضائي- علي الناس في أحاديثهم، من أجل ضبط ما تظهره أحاديثهم تلك من الأوراق أو غيرها من الوثائق على الجرائم التى حرصوا على إخفائها. ذلك أن القائمين علي تنفيذ القانون -وأيا كان نبل دوافعهم- يتعين أن تحكمهم القواعد ذاتها التي تحكم مواطنيهم. فضلا عن أن الدولة التي يعملون لحسابها هي القدوة، وهي تعطي المثل لمواطنيها من خلال تصرفاتها التي يباشرها أعوانها. وتسامحها معهم يغريهم بمخالفة القوانين التي وضعتها هي بنفسها([1]). ويحض الآخرين علي اللجوء للقوة لفض نزاعاتهم. فلا يحتكم الناس لغير أيديهم في تنفيذ القانون.

ونبل أهدافهم فى مطاردة الجناة المحتملين وتعقبهم، لا يجوز تحقيقها بوسائل مخالفة للدستور أو القانون.

وليس أسوأ من رصد الناس في كلماتهم التي يتبادلونها مع الغير، سواء من خلال خطاباتهم أو برقياتهم أو أحاديثهم التليفونية، أو غير ذلك من وسائل اتصالاتهم.

ذلك أن كلماتهم هذه، هي رسائلهم التي يباشرون من خلالها حريتهم في التعبير عن آرائهم، ويبلورون بها طموحاتهم وخططهم. فإذا كانت رسائلهم دليل تدبيرهم لجريمة، فإن رصدها أو تفتيش منازلهم للعثور علي أدواتها أو لمعرفة ثمارها، يكون مشروطا بحصولهم علي إذن بذلك، وإلا تعين استبعاد كل دليل تأتي من تنصتهم علي أحاديثهم أو تفتيش منازلهم، ولو تم الحصول علي هذا الدليل بطريق غير مباشر([2]).

وينظر بعض القضاة إخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية Electronic Surveillance داخل عقار باعتباره اقتحاماً ماديا Physical invasion لمبناه مخالفاً للدستور([3]) ويراه آخرون منطوياً على عدوان على حرمة الحياة الخاصة على تقدير أن القيود التى يفرضها الدستور على الضبط والتفتيش، تتعلق بالأشخاص لا بالأماكن([4]).

([1]) Olmstead v.United States, 277 U.S. 438 (1928).
([2]) Nardon v.United States, 302 U.S. 179 (1937).
([3]) Silverman v.United States, 365 U.S. 505 (1961).
([4]) Katz v.United States, 389 U.S. 347 (1967).

ذلك أن العقار لا يجوز أن يعامل كالأشياء التي يعرضها الناس للكافة حتى في منازلهم، والتي يجوز لكل شخص أن يتصل بها بغير إذن قضائي. وإنما العقار هو الوظيفة التي خصص لها ورصد عليها. فإذا كان سكنا، تعين أن يطمئن الناس فيه إلي حرماتهم جميعها، فلا يجوز كشفها. وشرط ذلك أن يكون لديهم توقع معقول بخصوصيتها. فإذا كان توقعهم على هذا النحو، تعين صون حرماتهم هذه من تدخل السلطة بما يخل بها.

كذلك لا يجوز اختراق دخائلهم التي يرمون إلي صونها، ولو كان التلصص عليها في مكان عام([1]). فإذا تم انتهاكها، تعين أن ترد إلي أصحابها، كافة المواد التي تم الحصول عليها من جراء أعمال المراقبة الإلكترونية غير المأذون بها([2]).

فإذا صدر الإذن، واقتضى تنفيذه دخول المبني سراً" لرصد ما يتم فيه، فليس بشرط أن يكون الإذن قد خول القائمين علي تنفيذه، هذا الحق صراحة، وإنما يكفي أن يكون قد رخص لهم بإجراء تلك المراقبة. فإن لم يصدر هذا الإذن، تعين استبعاد الدليل الذي نجم عنها([3]).

المطلب الثالث
التمييز بين القبض علي الأشخاص واستيقافهم

٧٦٧- ويتعين التمييز بقدر كبير من الوضوح بين القبض علي الأشخاص واستيقافهم Stopping. والتمييز كذلك بين التفتيش الشامل المحيط Full-blown search؛ والتفتيش المحدود ذو الطبيعة الوقائيةPreventive search.

ذلك أن بعض الأشخاص قد يأتون أعمالا في أوضاع بذواتها، تجعل رجال الشرطة يرتابون فيهم. فلا تعتبر هذه الأعمال في ذاتها مثيرة للشبهة، وإنما هي الأوضاع التي تلابسها.

كذلك فإن هذه الأعمال في مجموعها -وليس كل عمل منفرد منها- هي التي تعطي الانطباع بأن شيئا ما وراءها. فالذين يذرعون الطريق جيئة وذهابا، لا شئ في عملهم، ولكن

([1]) وفلا يجوز أن تضع الدولة أجهزة إلكترونية علي تليفون مخصص لاستعمال الجمهور بقصد التنصت علي أحاديثهم.

([2]) Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968).

([3]) Ivano v.United States, 394 U.S. 165 (1969).

ويلاحظ أن الحكومة فضلت في هذه القضيةأن تسقط عددا من الاتهامات التي أسستها علي الأدلة غير المشروعة التي جمعتها، بدلا من أن تكشف عن أساليب المراقبة غير المشروعة التي أجرتها.

اقترابهم من مخزن فى الطريق العام، والنظر إلى نوافذه، وتفقده من كل نواحيه، يوحى بأنهم عازمون على سرقته، وأنهم يتحينون فرصة يتسورون فيها هذا المخزن، أو يقتحمون نافذة فيه.

فإذا استوقفهم رجل الشرطة، ووجه إليهم بعض الأسئلة للتحقق مـــن نواياهم Stop- and Frisk ، ثم أتبعها بتفتيشهم من خارج ملابسهم Patting down the outer surface of their clothes للتحقق مما إذا كانوا يحوزون أسلحة يمكن أن يهددوه هو أو المارة بها؛ فإن هذا التفتيش فى الطريق العام Am on-the- street Investigation لا يكون مخالفاً لا للدستور ولا للقانون، إذ هو إجراء فى شأن أشخاص قد يكونون حاملين لأسلحة؛ فضلاً عن الشبهة التى تحيط بهم بالنظر إلى تصرفاتهم.

ومن ثم يكون استيقافهم لمدة قصيرة، متوخياً تحقيق غرض محدود، هو الاستيثاق من هويتهم ونواياهم؛ ثم تفتيشهم توقياً لخطر إطلاقهم نيران الأسلحة التى يحملونها. وتلك جميعها مقاصد لرجال الشرطة لا نزاع فى مشروعيتها، لتعلقها بشبهة لها أساسها.

والتفتيش على هذا النحو محض استثناء من قاعدة عدم جوازه بغير إذن قضائى تصدره جهة محايدة لا صلة لها بموضوع الإذن المطروح عليها، وليس لها مصلحة فيه. وإنما تقدر بنفسها، وعلى ضوء ما لديها من قرائن، معقولية الأمر بالقبض، وبالتفتيش المحدود، فى حالة بذاتها لها ظروفها الخاصة بها.

ووزنها لهذه المعقولية يقتضى أن يكون تقديرها موضوعياً قائماً على ما إذا كان الأمر بالقبض -فى حالة بذاتها محددة على ضوء ظروفها- يعتبر إجراء ملائماً من منظور شخص متبصر حذر.

ودون ذلك يتحقق الإخلال بالحقوق التى كفلها الدستور للمواطن، وأهمها تأمين الحرية الشخصية من كافة العوائق التى لا مبرر لها.

٧٦٨- وهذه الضوابط التى يتعين أن يتقيد بها القائمون على تنفيذ القانون فى مجال استيقافهم لبعض الأشخاص لشبهة تتصل بهم، ثم تفتيشهم من الخارج، مختلفه من كل الوجوه عن تلك التى تحيط بإصدار إذن القبض والتفتيش.

ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون فى الحالة الأولى، لا يواجهون عملاً إجراميا تم تنفيذه، وإنما بعض الأعمال التى قد تفضى إلى الجريمة. ويتعين بالتالى توقيها بكل الوسائل، بما فى ذلك توجيه أسئلة إلى الذين يشتبهون فيهم -بعد استيقافهم- لمعرفة ما ينوون أو

يعتزمون. وهم بذلك يحققون فى الشبهة العالقة بهؤلاء الأشخاص تثبتا من صحتها أو من انتفائها، ويدرأون بذلك خطراً وشيكا قد يتحقق، لو أنهم غضوا بصرهم عنهم، وتركوهم وما يفعلون.

ويتعين بالتالى التمييز بين تفتيش تم إثر قبض بالمعنى القانونى. وهو تفتيش كامل يعتبر المرحلة الأولى للاتهام الجنائى؛ ونقطة البداية لاتخاذ تدابير لاحقة تقيد من حرية الشخص فى التنقل، سواء تبعتها محاكمة أو لم تتصل بها؛ وبين تفتيش محدود أقل نطاقاً بالضرورة من أن يكون تفتيشاً كاملاً، ويخدم مصلحة وقائية مختلفة فى طبيعتها عن المصلحة التى يتوخاها التفتيش اللاحق للقبض المأذون به.

والتفتيش الوقائى بذلك مختصر، ومحدود، ولا يتوخى غير التيقن من حقيقة الشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص. وهى شبهة لا يفترض أن ترقى إلى مرتبة الجزم بحقيقة نواياهم، ولا أن تقوم على أدلة قاطعة أو راجحة، ولا أن يكون التفتيش بسببها متوخيا العثور على أدلة جريمة يعلم رجل الشرطة بوقوعها.

ويتعين على ضوء ما تقدم، أن نقرر أن الأصل فى التفتيش أن يكون معاصراً أو لاحقاً لقبض مأذون به وفقاً للقانون. فإذا لم يصدر هذا الإذن، لم يجز إجراؤه فى شأن أشخاص بغير موافقتهم الحرة التى لا يداخلها ضغط أو إكراه([1]).

والشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص، هى التى يقوم بها مبرر الاستثناء من شرط الإذن. وهى وإن كانت تخول القائمين على تنفيذ القانون توجيه أسئلة إليهم، إلا أنهم غير ملزمين بالرد عليها، ومن حقهم ألا يعيروها التفاتا، وأن يمضوا فى طريقهم. فإذا أجابوا عن تلك الأسئلة برضائهم، جاز أن تؤخذ هذه الإجابة عليهم([2]).

ولا يعتبر امتناعهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليهم، دليل جرمهم. بيد أن الشبهة وحدها تعتبر كافية لاحتجاز من تتعلق به، على أن يكون هذا الاحتجاز بصفة مؤقتة، ولضمان مصلحة عموم المواطنين فى إجهاض جريمة التعامل فى المواد المخدرة أو غيرها من الجرائم الخطرة.

---

(١) لـو أن رجل الشرطة طلب من أحد الأشخاص فتح حقيبته، فإن ذلك لا يعتبر قبولاً منه بتفتيشها. ذلك أن خوفه من رجل الشرطة، قد يكون هو الذى دعاه إلى ذلك.

(2) Terry v.Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

٧٦٩- وثمة تحفظ هام فى هذا الصدد، هو أن الشبهة التى تقوم فى شأن بعض الأشخاص وتسوغ التحقيق معهم من خلال أسئلة توجه إليهم، لا تقابل الجزم بانغماسهم فى الجريمة، أو ترتيبهم للدخول فيها أو انعقاد عزمهم عليها. ولا يجوز بالتالى أن تقترن بالتفتيش الكامل لأشخاصهم ومتعلقاتهم وعرباتهم، ولا أن تصل الأسئلة فى مستوياتها إلى حد استجوابهم فى مكان جرتهم الشرطة إليه، وأصبحوا مودعين فيه، ولو كانت الأسئلة الموجهة إليهم لها طبيعة التحقيق([1]).

Reasonable suspicion of a crime is insufficient to justify custodial interrogation even though the interrogation is investigative.

وكلما كان الاحتجاز بناء على اشتباه قائم على أساس، تعين أن يتم بأقل قدر من التدخل فى حرية الأشخاص، وبما لا يجاوز المصلحة المقصودة من الاحتجاز، وألا يؤول إلى محاصرة المحتجزين بأوضاع تتآكل معها إرادتهم، ليبطل كل دليل تأتى من احتجاز غير مشروع، ولو قام على أقوال أدلى صاحبها بها، إذ هى ثمرة هذا الاحتجاز ونتيجته.

ولا يجوز فى أية حال أن يمتد الاحتجاز لغير الفترة القصيرة التى تزيل الشبهة أو تبقيها.

وقد يبدأ التحقيق مع بعض المشبوهين بموافقتهم، فإذا استطال وتصاعد بغير إذن قضائى، شكل ذلك تأثيراً نفسياً سيئا عليهم، ليتطرق الخلل إلى إجابتهم، فلا يطمأن إليها قانوناً، ولا تصححها موافقتهم السابقة على بدء التحقيق معهم.

المطلب الرابع
الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش

٧٧٠- وكما يجوز التفتيش بإذن قضائى، أو بعمل من رجال الشرطة فى مواجهة أشخاص يشتبهون فيهم ويستوقفونهم؛ فإن من صور التفتيش ما يكون إدارياً Administrative searches ومن طبيعة تنظيميه Regulatory searches وهذه يجوز إجراؤها بغير إذن، وبغير دلائل أو قرائن يقوم بها رجحان وقوع جريمة.

ومن صور التفتيش التنظيمية فى طبيعتها، ما يقام فى الطرق السريعة من نقاط للمرور Check points هدفها ضبط السائقين المخمورين من خلال إيقافهم وإبعادهم عن الطريق

(1) Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).

لفحص رخصهم، ووثائق ملكية عرباتهم، وإجراء الفحوص الطبية عليهم للتحقق من اتزانهم أو تعاطيهم الخمر(١).

فإذا بان لرجل الشرطة أن قائد السيارة مخمور، أمر بالقبض عليه. ذلك أن السائقين المخمورين يعرضون للخطر أرواحاً كثيرة، ويتلفون أموالاً كبيرة من جراء تصادم عرباتهم بغيرها، وقتل أو جرح من فيها.

وقد تقام نقاط المرور هذه بقصد ضبط المهاجرين غير الشرعيين الذين يقتحمون حدود الدولة. وفي غير هاتين الحالتين تكون نقاط التفتيش ظاهرة للعيان، ولا تثير فزع من يقودون سيارتهم فى الطريق، لأنهم يدركون أن كل سيارة تعبر هذه النقاط، يجوز وقفها.

وقد يقوم بتفتيش المحال العامة والمبانى، الموظفون الذين منحهم المشرع هذا الحق بقصد التحقق من توافر الشروط الصحية التى تطلبها القانون فيها، أو من استيفائها للشروط التى تفرضها قوانين المبانى، كالحد الأقصى لعلوها ومتانتها والتزامها خط التنظيم، أو لشروط الأمن الصناعى فيها كتزويدها بأجهزة إطفاء الحريق.

ومن ثم يكون نص القانون مصدر الحق فى إجراء هذا التفتيش الذى يتعلق فى الأعم بالتحقق من توافر الشروط التى تطلبها القانون في بعض المهن التي تتصل في مجملها بفرائض الرخاء العام Public welfare كمحال التعامل فى المواد الغذائية والأسلحة والخمور والخردة. ذلك أن هذا التفتيش لا يتوخى الحصول على دليل جنائى، وإنما مجرد التحقق من توافر شروط فى هذه المحال والمبانى فرضها القانون على شاغليها، حتى يستقيم نشاطها وفقاً للقانون. وهى كذلك محال مفتوحة لكل من يطرقها، ولا يتوافر للقائمين عليها بالتالي حق فى التوقع المشروع لخواص حياتهم(٢).

ويفترض ذلك ألا يخرج القائمون بالتفتيش عن حدود واجباتهم، وأن يكون هدفهم مجرد التحقق من أوضاع تطلبها القانون فى هذه المحال والمبانى. فإن انحرفوا عن واجباتهم هذه من

---

(١) ويدخل كذلك ضمن هذه الصور تفتيش السجون وأماكن العمل العام، وأماكن خردة السيارات. Automobile junkyards.

أنظر في ذلك قضية:

New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

(2) Colonnade Catering Corp. v.United States, 397 U.S. 72 (1970)

يلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تتخبط فى هذا الموضوع، فمرة تتطلب الإذن القضائى لتفتيش بعض المحال، ومرة لا تتطلبه فى محال أخرى، دون ضابط منطقى مفهوم.

خلال إساءة استعمال السلطة، أو عن طريق اقتحام بعض خواص الحياة التى لا شأن لهم بهَا، كان عملهم مخالفاً للدستور والقانون([1]).

المطلب الخامس

القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من آحاد الناس

٧٧١- وأخيرا يتعين أن يلاحظ أن القيود علي القبض والتفتيش التي يفرضها الدستور، هي قيود في مواجهة السلطة التي تقوم بإجرائهما Against the government. ولا شأن لهذه القيود بالتالي باقتحام شخص من آحاد الناس لمكان خاص، وضبط ما به من الأشياء. ذلك أن مخالفة السلطة للدستور، تفترض خروجها علي الفرائض التي قننها. وغير رجال السلطة لا يتقيدون في مجال القبض والتفتيش بالقيود التي فرضها الدستور عليها، ما لم تقم ثمة صلة بينها وبين القائم بالقبض أو التفتيش، بأن كان يعمل لحسابها أو بمعاونتها الإيجابية، أو بترخيص منها. Acting for, or on behalf of or with the active assistance of the government.

فــإذا لــم تكــن ثمة صلة من هذا القبيل، كان تدخل الشخص في شئون الآخرين سواء بالقــبض علــيهم أو بتفتيشهم، واقعا في نطاق تصرفاته الشخصية Purely private capacity. التي يسأل عنها، وعملا مخالفا بالتالي للدستور أو للقانون([2]).

المطلب السادس

القبض والتفتيش وفقا لدستور

مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا

٧٧٢- وفى مصر -وعملاً بنص المادة ٤١ من الدستور- تعتبر الحرية الشخصية أصلاً، وصونها لا يجوز أن يمس. ووفقاً لهذه المادة ذاتها، فإن شرط جواز القبض والتفتيش -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- هو أن يصدر به أمر من القاضى المختص أو من النيابة وفقاً للقانون، وبناء على ضرورة يستلزمها التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

([1]) United States v.Biswell, 406 U.S. 311 (1972).

([2]) Antonin Scalia, Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America, in Human rights and judicial review; Acomparative perspective, edited by David M.Beauty, International Studies in Human Righs, Vol. 34, p.58.

فإذا استوفى أمر القبض أو التفتيش الشروط المتقدم بيانها، تعين -وعملاً بنص المادة ٤٢ من الدستور- معاملة من يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته على نحو آخر، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان. ولا يجوز بوجه خاص إيذاءه بدنيا أو معنويا.

ويكفل نص المادة ٤٤ من الدستور، حرمة المساكن، ويمنع دخولها أو تفتيشها بغير إذن قضائي يكون مسببا ووفقاً لأحكام القانون. ولا تقتصر الحرمة على المنازل المشار إليها في المادة ٤٤ من الدستور، ولكنها تمتد كذلك -وبمقتضى نص المادة ٤٥ من الدستور- إلى حياة المواطنين الخاصة، وإلى مراسلاتهم البريدية والبرقية ومحادثاتهم التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال التى لا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسببا، ولمدة محدودة، وذلك صوناً لسريتها.

٧٧٣- وتقرر المحكمة الدستورية العليا -ومن خلال مقابلتها بين المادتين ٤١ و٤٤ من الدستور- أن الدستور فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل. فبينما تجيز المادة ٤١ من الدستور القبض على الأشخاص وتفتيشهم إذا صدر بهما أمر قضائي وفق الشروط المنصوص عليها فيها، والتي ليس من بينها أن يكون هذا الأمر مسببا، ولم تستثن من صدور هذا الأمر سوى حالة التلبس بالجريمة؛ فإن هذا الاستثناء لا يقوم فى شأن نص المادة ٤٤ من الدستور التى جاء حكمها مطلقاً غير مقيد. وهو ما يحتم صدور الأمر القضائى فى كافة صور تفتيش المساكن لضمان حرمتها، على تقدير أنها مستقر من يشغلونها وموطن سكينتهم؛ وأنها كذلك مهاجعهم التى يأوون إليها، ومكامن أسرارهم التى يودعونها فيها. فلا تكون حرمتها غير جزء من الحرية الشخصية.

ولا كذلك تفتيش الأشخاص، إذ يجوز أينما وجدوا -وبغير أمر قضائى- حال تلبسهم بالجريمة.

ومن ثم يكون الدستور قد أحاط دخول المنازل وتفتيشها بضمانتين هما صدور أمر قضائى بذلك، وأن يكون هذا الأمر مسببا.

ولا تكفى حالة التلبس لإسقاط هاتين الضمانتين. ذلك أن إعفاء تفتيش الأشخاص من شرط صدور الأمر القضائى فى حالة التلبس بالجريمة وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور، ليس إلا استثناء لا يقاس عليه[1].

---

[1] دستورية عليا -القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٨٤/٦/٢- قاعدة رقم ١٢- ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب السابع

إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة
The right to privacy

٧٧٤- الحق فى حرمة الحياة الخاصة من أهم الحقوق التى تحرص الدساتير المعاصرة على ضمانها([1])، وهو وثيق الصلة بكرامة الإنسان وفى أن يظل آمنا مطمئنا إلى أن الجدران التى تحيط به لن تخترقها آذان تفتحها ولا عيون ترصد ما يدور داخلها. ومن ثم لم يكن إغفال النص على هذا الحق فى بعض الدساتير، حاجبا لوجوده، ولا مانعا من تقريره، فقد صار هذا الحق مكفولاً. تساندا على بعض الحقوق التى نص الدستور عليها، كالحق فى ألا يتم القبض أو التفتيش فى غير ضرورة، وأن تكون للمنازل حرمتها، وللوسائل البريدية والبرقية والهاتفية سريتها، لتشكل هذه الحقوق جميعها -وما هو على منوالها- إطارا لعموم الحق فى خواص الحياة، فلا يكون هذا الحق غير فيض للحقوق التى صرح الدستور بها وكفل ضمانها.

فالدستور قد يكتفى بالنص على حرية القول وحرية الصحافة. ولكن هذه الحرية ذاتها يضمنها بصورة أفضل، ويعطيها فاعليتها، ليس فقط مجرد النطق بالكلمة أو طباعتها، وإنما يقويها الحق فى قراءتها وتلقيها، وضمان توزيعها ونشرها، والحق فى التحقق من صحتها، وحرية تعليمها وتلقينها. ذلك أن الآراء علي اختلافها من وسائل الاتصال التي يعبر الأفراد بها عن معان يريدون نقلها إلي الآخرين، من خلال برقياتهم وخطاباتهم. وهواتفهم وغيرها من وسائل الاتصال التي تبلور رسالة يحرصون علي اتصال غيرهم بها.

وقد يكفل الدستور الحق فى التعليم. ويعتبر هذا الحق مشتملا بالضرورة على حق الآباء فى اختيار المعاهد التعليمية التى يرونها أكثر ملاءمة لأبنائهم، وأكفل لتطوير ملكاتهم، وأدنى لنوع التعليم الأقرب لظروفهم.

وضمان حرية التعبير يطرح بالضرورة تقرير الحق فى الاجتماع، باعتباره إطار هذه الحرية وقاعدتها، والطريق إلى ترويجها.

([1]) تـنص الفقرة الأولي من المادة٤٥ من دستور جمهورية مصر العربية علي أن لحياة المواطنين الخاصة حـرمة يحمـيها القانون. وقد قضى بأن الحماية التى يكفلها الدستور للحق فى الحياة الخاصة سواء فى نطاق العائلة أو الزواج أو الحمل، لا تتسع للسلوك الجنسى الشاذ، ولو كان رضائيا.

Consensual homosexual sodomy [Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)].

بمـا مؤداه انتفاء وجود أى حق دستورى فى اللواط، لا فى نطاق الحرية المنظمة، ولا على صعيد الحقوق الغائرة فى قيم أو تقاليد المجتمع، بل هو جريمة ضد الطبيعة A crime against nature.

فإذا نص الدستور على حرية الاجتماع، تفرع عنها حق الفرد فى اختيار المنظمة التى يريد الانضمام لها، وحق الخروج منها، وحق الالتحاق بأكثر من واحدة يعمل من خلالها على تحقيق الأغراض التى يطلبها. ولكل منظمة تم تأسيسها وفقا للدستور -وأيا كان شكلها أو نوع نشاطها- الحق فى ألا تقدم للجهة الإدارية بيانا عن أعضائها. ذلك أن حرية الاجتماع -وكلما كان موافقا للدستور- تفيد بالضرورة أن يكون هذا الاجتماع مغلقا، مقصورا على أفراد تجمعهم وحدة المصالح التى يدافعون عنها، وأن تكون خواص حياتهم -بما فى ذلك أسماؤهم- واقعة وراء جدران مغلقة.

٧٧٥- ولا يحيط الدستور بكافة أشكال الحياة الخاصة للمواطنين، وإنما يركز عادة علي بعض مظاهرها أو أنماطها([1]) كحق كل فرد في أن يختار زوجا، وأن يتخذ ولدا، وكحق المرأة في ألا تحمل([2])، ولا شبهة في أن للحقوق المنصوص عليها فى الدستور، ضماناتها التي ترتبط بغيرها من الحقوق التي تعطيها معانيها وتثريها. فلا تنفصل الحقوق المنصوص عليها في الدستور عن غيرها مما يتكامل معها. بل إن الحقوق القائمة في الدستور، غالبا ما تشي بحقوق جديدة تستنبط منها عقلا، لتكون الحقوق الجديدة من فيض الحقوق القائمة بالنظر إلي الصلة المنطقية التي تضم بعضها إلي بعض، أو تفرع بعضها عن بعض Penumbras of constitutional provisions([3]).

٧٧٦- وكثيراً ما يظهر الحق فى حرمة الحياة الخاصةThe right to be let alone، من خلال مناطق من الخصوصية تكفلها نصوص صريحة فى الدستور. فالحق فى الاجتماع، مفاده أن ينغلق على أفراد تضمهم وحدة المصالح التى تقربهم من بعضهم، فلا يكون الاجتماع مفتوحا لغيرهم.

وحق الأفراد فى ضمان حرمة أوراقهم ومتعلقاتهم وأشخاصهم ومنازلهم من صور القبض أو التفتيش غير المبررة، ما تقرر إلا لضمان بعض مظاهر الحياة الخاصة التى لا

([1]) يقضي التعديل التاسع للدستور الأمريكى، بأن النص فى الدستور على حقوق بعينها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار أو تعطيل حقوق أخرى يحتجزها الشعب لنفسه.

أنظر فى ذلك:

The rights retained by the people: The history and the meaning of the ninth amendment [Randy E Barnett, ed., (1989)].

وتـؤكد لغـة وتاريخ هذا التعديل على أنه إلى جانب الحقوق الأساسية المنصوص عليها فى التعديلات الثمانيه الأولى للدستور الأمريكى، توجد حقوق أساسيه اضافيه لا يجوز أن تتدخل الدولة فيها.

([2]) The tight of a woman to determine whether or not to bear a child.

([3]) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

يجوز اقتحامها. وحق الأشخاص فى ألا يشهدوا على أنفسهم جبراً عنهم بما يدينهم ،مؤداه تخويل كل فرد الحق فى أن يعتصم بمناطق من خواص حياته يتكتمها عن الآخرين حتى لا يكشفها لأحد بما يضر بمصلحته.

٧٧٧- وتظل الحقيقة المحورية فى النظم الدستورية جميعها، هى أن النص فى الدستور على حقوق بذواتها، لا يحول دون التسليم بحقوق أخرى ترتبط بها، وتعطيها معانيها باعتبارها من فيضها([1]). وهى قاعدة مفادها أن دائرة الحقوق المنصوص عليها فى وثائق إعلان الحقوق، غير مغلقة على نفسها، ولكنها تنبسط من خلال التخريج عليها.

٧٧٨- وسواء تعلق الأمر بالحق فى الخصوصية أو بغيره من الحقوق المنصوص عليها صراحة فى الدستور، أو التى تستخلص ضمنا من مفهوم قواعده وأصول أحكامه، وجوهر المسائل التي ينظمها، فإن للحقوق جميعها دائرة لا يجوز اقتحامها.

ذلك أن الدخول فيها يعرقل هذه الحقوق ذاتها، أو يحد -فى غير ضرورة- من إنباتها لثمارها. وإذا جاز للمشرع على ضوء هذا الأصل، أن ينظم الوسائل الواقية من الحمل، وأن يحدد صور التعامل فيها وطرق توزيعها؛ إلا أن مصادرتها أو حظر استعمالها، يناقض الحق فى صون دخائل العلاقة الزوجية The right of marital privacy التى يتعين أن تكون أدق أسرارها بيد أصحابها يقيمونها بالوسائل التى يرون ملاءمتها. ذلك أن العلائق الزوجية تمثل لأطرافها أعمق مظاهر حياتهم خفاء، وأغلظها ميثاقا بعد أن أفضى بعضهم إلى بعض بما لا يجوز لآخرين أن يعرفوه، فلا يكون همسها، ولا خير مظاهرها أو شرها، ولا قراراتها الداخلية، إلا تعبيراً عن أخص حرماتها([2]). بل إن العلائق الزوجية هى نتاج حقوق الأفراد فى الاجتماع والتواصل Associational rights.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذه الحقيقة بقولها بأن الزوجين يمتزجان فى وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها. وهى بذلك تعد نهجاً حميماً ونبعاً صافياً لأدق مظاهر الحياة وأبلغها أثراً، ليكون

([1]) حق المرأة فى ألا تحمل ليس بحق مطلق، بل هو من قبيل الحقوق الموصوفه

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Belloti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

([2]) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

الزواج فى مضمونه ومرماه، عقيدة لا تنفصم عراها أو تهن صلابتها، وتصل روابطها فى عمقها إلى حد قدسيتها، لتظهر الحياة الشخصية من خلالها فى أكثر صورها تآلفاً وتراحما([1]).

٧٧٩- وحتى إذا كفل الدستور الحماية لبعض مظاهر الحياة الخاصة، فإن ذلك لا يفيد استبعاد ما سواها من ملامحها. ذلك أن حرمة هذه الحياة مبدأ عام ينتظمها فى كل صورها وأشكالها([2])Non inclusive list of rights. يؤيد هذا النظر:

أولاً: أن الحماية الدستورية كما تتعلق بالحقوق التى نص الدستور صراحة عليها، فإنها تغطى كذلك تلك التى تتدرج ضمنا تحتها، وتعتبر من مشمولاتها. وقد آمن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، بأنها موجهة ليس فقط لحماية الحقوق التى عددتها حصراً، وإنما كذلك لصون حقوق أساسية إضافية لا نص عليها فى هذه الوثائق، إلى حد القول بأن الحق المجرد فى الاجتماع، يفترض اختيار الزوج لزوجته، باعتبار أن الأسرة التى يقيمانها فى إطار علاقة الزوجية، هى فى حقيقتها شكل من أشكال حرية الاجتماع.

ثانياً: أن القيم التى يحتضنها الدستور لا تنفصل عن وسائل تحقيقها. ومن المتصور بالتالى أن تتنوع هذه الوسائل، وأن تتعدد دروبها، وأن تتطور مفاهيمها، لتفضى جميعها إلى تلك القيم، فلا تكون إلا طرائق لضمانها. وهي طرائق يكفل الدستور مرونتها حتى لا تجمد حركته وينكسر فى مواجهة الآمال الجديدة وطموحاتها، ولتظل للحرية المنظمة Ordered liberty ([3]) أبوابها المفتوحة.

ثالثاً: من المحظور فى إطار الحق فى الحياة الخاصة، أن يفرض المشرع على الأفراد، نمطاً معينا لحياتهم؛ ولا أن يصبها فى جدران يقيمها؛ ولا أن يلزمهم بنوع الحياة التى اختارها لهم. فلا تكون أسوارها غير تحديد كامل لأشكالها.

يؤكد هذا النظر، أن الحقوق التى احتجزها الدستور للمواطنين كافة، لا تتحدد دائرتها إلا على ضوء أوضاعهم المتطورة. وهى بذلك فى اتصال دائم باحتياجاتهم، لتخرج هذه الحقوق

([1]) القضية ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/٣/١٨- القاعدة رقم ٣٨- ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) Griswold v. Connecticut, ibid, at 488, 491, 492.

وفى نطاق حماية الحق فى الخصوصيه قضى بعدم دستورية تجريم حيازة شخص لمواد ماجنة، لاستعمالها فى بيته الخاص.

Stanley v. Georgia, 394. U.S. 557 (1969).

([3]) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

إلى آفاق مفتوحة تكفل حيوية حركتها واتساع مجالاتها. وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن دائرة الحقوق المنصوص عليها فى الدستور يضطرد اتساعها من خلال تفسيرها المرن والمتطور، إلا أن تقليصها لا يجوز إلا بتعديل الدستور.

٧٨٠- على أن حق الفرد فى حرمة الحياة الخاصة، لا يتعلق فقط بنطاق المسائل الشخصية التى حجبها عن الآخرين؛ ولا بالحق فى أن يتخذ أكثر قراراته اتصالاً بمصيره، وأشملها تأثيراً فى أنماط الحياة التى يفضلها؛ ولا بالعلائق الزوجية وما هو صميم من روابطها، بما يعينها على النماء والتكامل ويكفل وحدتها([1])؛ ولا بمعلوماته التى يتلقاها أو يحوزها فى شأن أخص الروابط وألصقها بدخائل نفسه. ذلك أن حق الناس جميعهم فى حرمة خواص حياتهم، مفهوم عام يتناولها من أقطارها كافة، ليشمل كل ما ينبغى كتمانه منها فى نطاق توقعهم المشروع. فلا تتسلقها الدولة زحفاً عليها بما يقوض أكثر العلائق الشخصية عمقاً ومودة وتفانيا، ويهدر القيم الخلقية التى تحيط بالحياة وتكفل دوامها واستقرارها.

٧٨١- وتفترض حرمة خواص الحياة، حظر تدخل السلطة بغير مبرر فيما ينبغى أن ينفرد به كل إنسان من الشئون، وعلى الأخص تلك التى تتعلق ببناء الأسرة وإنجابها، وباختيار نوع التعليم لأبنائها، وبتقويمهم خلقيا ونفسيا. وكذلك حق الأسرة فى تعميق قيمها، وتقييم مناحى سلوكها، وأن تعمل فى نطاق أعرافها وتقاليدها بما يكفل تماسكها، ويوثق روابطها، ويصون تراحمها.

ومن ثم ارتبط الحق فى تكوين الأسرة بالحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدتها أو يؤثر سلبا فى القيم التى تنصهر فيها.

بما مؤداه -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز النفاذ إليها، وينبغى دوماً ألا يقتحمها أحد ضمانا لسريتها؛ وصوناً لحرمتها. فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً.

وهذه المناطق من خواص الحياة ودخائلها، تصون مصلحتين تتكاملان فيما بينهما، وإن بديتا منفصلتين. ذلك أنهما تتعلقان بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التى ينبغى كتمانها

([1]) يلاحظ أن المؤسسة العائلية من بين أهم المؤسسات التى توليها المحاكم إهتمامها في مجال صون حرمتها وخصوصياتها: أنظر فى ذلك:

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928).

فحق الأفراد فى العيش سويا فى نطاق عائلة تجمعهم، يعتبر حقاً دستورياً.

وحجبها عن الآخرين؛ وكذلك بما ينبغى أن يستقل به كل فرد من سلطة التقرير فيما يؤثر فى مصيره.

وتبلور هذه المناطق جميعها التى يلوذ الفرد بها، مطمئناً لحرمتها، وامتناع إخضاعها لأشكال الرقابة وأدواتها على اختلافها، الحق فى أن تكون للحياة الخاصة تخومها، باعتبار أن صونها من العدوان، أوثق اتصالاً بالقيم التى تدعو إليها الأمم المتحضرة، وأكفل للحرية الشخصية التى يجب أن يكون نهجها متواصلاً، ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التى ترنو الجماعة إليها([1]).

٧٨٢- وكلما حظر المشرع -من خلال عقوبة جنائية فرضها- على الأفراد القيام لعمل معين، وكان منعهم من هذا العمل تدخلاً من المشرع في خواص حياتهم، كان موقفه فى ذلك مخالفا للدستور.

وهو ما قررته المحكمة الدستورية العليا فى شأن نص المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى حظر بها المشرع احتجاز أكثر من مسكن فى البلد الواحد، وقرن هذا الحظر بعقوبة جنائية لضمان تنفيذه، وبجزاء مدنى أبطل به كافة العقود التى تم أو التي يتم إبرامها بالمخالفة لحكمه.

وتؤسس المحكمة قضاءها بمخالفة هذا الحظر للدستور، على أن الذين يحتجزون أكثر من مسكن فى البلد الواحد، مكلفين بمقتضى نص المادة ٨ المشار إليها بأن يقدموا إلى محكمة الموضوع -فى جلساتها المفتوحة للكافة- أدلتهم على توافر مبرر هذا الاحتجاز. وهم بذلك يخوضون فيها ويعرضونها على كل من حضر جلساتها هذه، كاشفين عن بعض أخص دخائلهم وأوثقها اتصالاً بخواص حياتهم التى ما قصد الدستور بحمايتها غير أن يوفر لهذه الحياة أسرارها ليتكتمها أصحابها عن الآخرين.

فإذا حملهم المشرع على انتهاكها بأنفسهم من خلال تقديم أدلتهم على توافر العذر المبرر لهذا الاحتجاز، كان تصرفه مخالفاً للدستور، وعلى الأخص فى نطاق الأسرة التي تقوم في

([1]) أنظر فى ذلك القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢- قاعدة رقم ١٧- ص ٢٩٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

جوهرها علي وحدة بنيانها وترابط مصالحها، فلا تكون نهبا لآخرين يقعون على أسرارها، وقد يطلعون على عوراتها([١]).

٧٨٣- وتعلق الحماية الدستورية بخواص الحياة للناس جميعهم، مؤداه انصرافها إلى شئونهم الشخصية وإلى حرمة مساكنهم، وإلى حق ضحايا الجريمة فى كتمان أسمائهم عن الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، وعلى الأخص ضحايا الجرائم الجنسية من النساء اللاتي يشهر بهن نشر وقائعها بما يعرضهن لأشكال من الحرج لا قبل لهن بتحملها، وقد يمنعهن النشر المحتمل عن هذه الجرائم، من الإبلاغ عنها، ليفر جناتها من صور الجزاء التى تردعهم وتمنع ترديهم فى الجريمة من جديد. وقد تظل عالقة فى الأذهان -ولسنين طويلة- التفاصيل الكاملة التى ربطتهن بتلك الجرائم، فلا يكون بيان أسمائهن فى الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، غير إهدار متصل لكرامتهن. وربما عزلهن بصفة كاملة عن محيطهن.

كذلك لا يجوز لأية جهة -وإلا تعين مساءلتها مدنيا وجنائيا- أن تتخذ من اسم أو صورة شخص معين -وبغير موافقته- مجالاً لاستغلالهما تجارياً سواء من خلال إعلان أو مطبوع. فإذا كان هذا الشخص قد توفى، تعين على من يعلن الاسم أو الصورة بقصد ترويجها أو التربح منها، أن يحصل على موافقة ورثته.

والقول بأن نشر هذه الصورة أو الاسم، هو استعمال لحرية التعبير، مردود؛ بأن هذه الحرية لا تناقض حق الناس جميعهم فى أن تكون لهم ملاجئهم التى يفيئون إليها من عناء يومهم، ويهجعون إليها مطمئنين إلى خفائها عن الأعين التى تقتحمها، وأن تحظى أسماؤهم وصورهم بالتالى بالحماية التى تحول دون تداولها لأغراض تجارية، بل ولو كان نشر صورة الشخص، لا يختلط بالربح أو يتوخاه. ذلك أن الحرية ينقضها إطلاقها، ويكفلها إمساكها من أعنتها حتى لا تتحول إلى حرية منجرفة لا عاصم من شرورها.

وما ينشر من التقارير أو الأخبار الكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم، يعتبر إخلالا بالحق فى خواص حياتهم، بشرط أن يكون الجناة قد اندفعوا إلى نشر تخرصاتهم غير عابئين بصدقها أو بكذبها Reckless behavior؛ وكذلك إذا كانوا يدركون زيفها، ولم يمنعهم من نشرها، علمهم ببهتانها Fraudulent intent([٢]).

([١]) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" ص ٩٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

ويظل واجباً أن نوازن بين حرية التعبير ومتطلباتها من جهة؛ وبين نطاق القيود التى تنظمها وتحدد إطار حركتها بما لا يرهقها.

فالناس فى منازلهم التى يلوذون بها لضمان راحتهم، ويعتصمون بحرمتها من كل دخيل عليها، يؤرقهم أن يطرق أبوابها أغيار يفرضون عليهم مطبوعاتهم بالطريقة التى يرونها، وفى الأوقات التى يختارونها، سواء كانوا راغبين فى تلقيها أو عازفين عنها.

ذلك أن ضمان الناشرين أفضل الفرص لترويج بضاعتهم، ليس حقاً مطلقاً غير مقيد بالقيود التى تنظم طريقة ترويجها وزمنها ومكانها. وإنما تثير الحقوق التى يكفلها الدستور لأصحابها -وبالضرورة- حقوقا لآخرين ينازعونهم فيها، أو يضارون بسببها. ويتعين أن يتحقق التوازن بين هذين النوعين من الحقوق بما لا يخل بالإطار المنطقى للحياة المنظمة.

وشرط هذا التوازن، ألا يقتحم الموزعون لمطبوع منازل آخرين ليفاجئوا بوجوده تحت أبوابها بغير قبولهم، ولا أن يتركوه فى صناديق البريد التى تخصهم. فلا يكون إطلاعهم على ما فيه، عملا اختياريا. شأن الآراء التى يروجونها من خلال مطبوع يلقون به إلى الناس فى منازلهم أو ملحقاتها، شأن الصور الخليعة التى يبعثونها إليهم فى هذه الأماكن بغير علمهم، سواء أكانوا من ملاكها أو مستأجرين لها.

ذلك أن مداهمتهم بالصور الفاسقة، وما يقارنها من إمكان اللقاء بأصحابها فى العناوين التى تذيل تلك الصور بها، وما يصاحبها كذلك من فحش التعليق على أوضاع جنسية يمارسونها؛ كل ذلك يفجعهم فى أدق مشاعرهم ويناقض قيمهم الخلقية. وأثرها على الصغار -الذين تتصل أيديهم بها- أسوأ عاقبة وأفدح خطرا. وهو ما يتحقق على الأخص كلما تعذر على البالغين والقصر تجنبها بعد فرضها عليهم([1]).

٧٨٤- ومن هذا المنطلق، لا يجوز لنقابة تعمل للدفاع عن مصالح عمالها، أن توجه إلى أربابهم فى منازلهم، رسائل تشوه سمعتهم، أو تحرض العمال على الثورة عليهم بما يخل بالنظام فى جهة العمل، وعلى الأخص إذا لم تكن لهذه الرسائل صلة منطقية بالأغراض التى تقوم النقابة على تحقيقها.

٧٨٥- ويظهر مما تقدم أن لحماية حرمة الحياة الخاصة أشكالا متعددة، أهمها:

([1]) انظر فى ذلك: مؤلف للأستاذ جاك روبير بالتعاون مع الأستاذ جان دى فار Jean Duffar وعنوانه حقوق الإنسان وحرياته الأساسية- الطبعة الخامسة ص ٣٦٩ وما بعدها.

أولاً: حماية حرمة المنازل من اقتحام أغيار لها، أو تتصتهم على ما يدور فيها، أو تصويرها بغير موافقتهم، ولو بطائرة.

وكما أن سيادة الدولة على إقليمها لا يجوز انتهاكها، فإن منزل الشخص يمثل بالنسبة إليه المكان المتميز Le lieu privilegié الذى لا يجوز أن ينازعه أحد فيه، ولو كانت السلطة العامة هى التى تمد بصرها لدخائله. ذلك أن المسكن ليس مجرد مكان اختاره الشخص لنفسه ليقيم فيه؛ وإنما هو ملجأ يعتصم به من تدخل الآخرين، ويؤمن اقتحامهم لأسراره، ووقوفهم على خباياه، وهتكهم لما يدور فيه مما يتعلق بخواص حياتهم.

وسواء فسر المنزل تفسيراً ضيقا بقصره على المكان الذى يتخذه الشخص سكنا، أم كان تفسيره واسعا مشتملا على كل مكان يرتبط به الشخص برابطة لها خصوصيتها، ولو كان قاربا خاصا يمخر البحار، ويتخذه الموجودون فيه مستقراً لهم؛ أو كان مكاناً يزاول فيه حرفة أو مهنة، فإن قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مضطرد على رفض كل مفهوم ضيق للمسكن، ويلحق به كل مكان يباشر الشخص فيه نشاطا تجاريا أو مهنيا يقتضى أن يظل فى مأمن من التدخل التحكمى لرجال السلطة؛ وإن جاز التدخل فى حرمة المكان –مفسراً على النحو المتقدم– بناء على أمر من قاضى التحقيق، أو من قبل أحد رجال الضبط القضائى فى الجرائم المتلبس بها([1]).

وقد مايز قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حرمة المسكن المنصوص عليها فى المادة ٤٤ من الدستور من جهة؛ وبين حق القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر من جهة أخرى. وهي تؤسس اجتهادها في ذلك علي أن الدستور غاير فى الحكم بين هاتين الحالتين. فبينما لا تجيز المادة ٤١ من الدستور –وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة– القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر، أو منعهم من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن الجماعة، علي أن يصدر الأمر من القاضي المختص أو من النيابة. وليس بشرط أن يكون مسببا؛ فإن نص المادة ٤٤ من الدستور لم تجز دخول المساكن ولا تفتشيها إلا بأمر قضائي يكون مسببا. ولم تستثن من ذلك حالة التلبس بالجريمة.

وترد المحكمة الدستورية العليا حرمة المساكن التي كفلتها المادة ٤٤ من الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه، إلى خليط من الحقوق والحريات التى نص الدستور عليها. إذ

([1]) Cour 16-12-1992, Niemiety ,n os 30-31.

تؤسسها علي الحرية الشخصية، وكفرع منها، وكذلك علي الحق فى حرمة الحياة الخاصة. التي تكشفها خصائص المسكن باعتباره مهجعا للفرد، وموطن سره، وموطئ سكينته([1]).

وربما كان من الأوفق، أن تؤصل المحكمة الدستورية العليا حرمة المسكن على الحق فى حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليه فى المادة ٤٥ من الدستور باعتباره الحق الأقرب اتصالاً بهذه الحرمة. ولئن كان اتخاذ الشخص سكنا يستقر فيه، فرعا من إرادة الاختيار التى تتفرع بدورها عن الحرية الشخصية، إلا أن حرمة الأماكن المسكونة، مردها إلى خصوصيتها من جهة اطمئنان ساكنيها إلي أن ما يدور في داخلها، لن ترصده آذان مرهفا سمعها، ولن تبصره عيون تريد خرق حجبها، وأن أحاديثهم بها أو حتى إيماءاتهم لن يكشفها أحد، وأن أسرارهم في قلاع منيعة حصونها، مسدلة ستائرها، تحيط بها ظلمة حالكة حتى لا تقع يد متطفلة عليها، أو تغوص في أعماقها بقصد هتكها، ولو لمجرد التحقير بأصحابها.

ولئن كان الدستور قد أفرد لحرمة المسكن، حكما قائما بذاته يتقدم نص المادة ٤٥ من الدستورالتي تنص علي أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، فذلك بالنظر إلي ضرورة إيلاء اعتبار خاص لحرمة المساكن التي يفر الناس إليها من عناء يومهم مطمئنين إلي أن جدرانها لا لسان لها لتنطق به، ولا عيون تملكها لتبصر بها، ولا آذان ترهفها لتتسقط بها كل كلمة تسمعها([2]).

ثانياً: وتعتبر حرمة الرسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من الدستور، واقعة كذلك فى نطاق حرمة الحياة الخاصة. ذلك أن الأصل فيها هو سريتها. بل إن سريتها هذه -وأيا كان محتواها- تفترض، إذ هي أصل يحكمها بالنظر إلي إفصاحها عن خوالج النفس وأدق مكوناتها. وقد تكون فى صورة مناجاة، أو تعبيرا عن ثورة ماحقة أو عن آمال مرتقبة أو مصائر منحدرة. وهى فى كل صورها اتصال بالآخرين. ومن خلالها يتبادل أطرافها التعبير عن سخطهم علي أوضاع قائمة، أو عن هموم تؤرقهم وتحيط بهم، أو عن عاطفة جامحة تنبض بها قلوبهم. أو غير ذلك من سبل التواصل الحميم أو المذموم بين الناس.

([1]) القضية رقم ٥ لسنه ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يونية ١٩٨٤ -قاعدة رقم ١٢- ص٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) ويلاحظ فى الحكم المتقدم أن المحكمة الدستورية العليا خاضت فى خصائص المسكن باعتباره مأوى للفرد وموضع سره وسكينه، وإن كانت هذه الخصائص علة الحرمة وليست مصدرها.

ولا يجوز بالتالى فض هذه الرسائل ولا الإطلاع عليها أو تغيير وجهتها، ولا تحريفها عن محتواها؛ ولا إخفاؤها أو طمس بعض عباراتها؛ ولا إساءة استخدام مضمونها، أو إذاعتها. بغير إذن أطرافها.

بل إن الاختراق المتصاعد للناس فى أحاديثهم التليفونية، كان محل انتقاد المحكمة الأوربية لحماية حقوق الإنسان([1])، مما حمل بعض الدول المعتبرة أطرافا فى هذه الاتفاقية، على أن تعلق جواز رصد أحاديثهم هذه وتسجيلها، على شرط صدور أمر قضائى بها يتغيا التدليل على وقوع جريمة تخل بصورة خطيرة بالنظام العام، وبقصد الوصول إلى جناتها، وبشرط ألا يتم رصد أحاديثهم عن طريق الخداع أو بالالتواء، وأن يكون لأطرافها حق بيان حقيقتها فى إطار حق الدفاع.

ومن غير المتصور فى إطار الدولة القانونية التى تقوم على قاعدة خضوعها للقانون، وتقيدها بالتالى بقواعد تعلو عليها، وتعتبر إطارا لسلوكها وضابط لتصرفاتها، أن تمتهن الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال من خلال أعمال تأتيها السلطة التنفيذية بقصد فضها وقوفاً على محتواها، ثم مطاردة أصحابها وتعقبهم بعد كشفها عن نوايا أضمروها، أو أفعال أعدوا لها عدتها، ولو كان هدفها إجراء تغيير بالوسائل السلمية.

ذلك أن مصلحة الدولة فى صون أمنها حددتها قواعد الدستور. وإطلاق هذه المصلحة من عقالها وإعطاؤها معان مفرطة فى اتساعها، مؤداه أن تصير الحرية الفردية رهن إرادتها، تبقيها وفق مشيئتها أو تقوضها بفعلها. فالجريمة المنظمة، والجريمة الإرهابية، والجناية بوجه عام، لها من خطورتها ما يقتضى رصد مدبريها وتعقبهم. إلا أن ذلك لا يجوز بغير أمر يصدر عن السلطة القضائية فى إطار ولايتها المنصوص عليها فى الدستور، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥ منه التى تكفل حرمة الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال، وتصون سريتها ولا تجيز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى يكون مسبباً، وموقوتاً بمدة معينة، ووفق أحكام القانون([2]).

ثالثاً: ويدخل فى إطار خواص الحياة، أن يظهر الشخص أمام الآخرين بالطريقة التى اختارها لنفسه([3]).

([1]) Cour 24-4-1990 Kruslin et Huvig.

([2]) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وظاهر من ذلك أن فقرتها الثانية متفرعة عن فقرتها الأولى.

([3]) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberte's Fondamentales, cinqieme édition, p.p 370- 373.

Le droit de la personne d'être percue par les tiers avec l'apparence qu'il a choisi

ذلك أن الشخصية تتعدد مظاهر إعلانها والتعبير عنها. ولكن صاحبها قد يختار أن يظهر بمظهر معين قبل الآخرين. فإذا لم يكن هذا المظهر منطوياً عن إخلال بالنظام العام، تعين التسليم به، وتوفير الحماية للصورة التى أراد أن يتخذها، فلا يشوهها أحد.

فالصحيفة التى تنشر الأسماء الأصلية التى حرص أصحابها علي إخفائها، أو قاموا بتغييرها، تخل بخواص حياتهم، لأنها تظهرهم فى غير الصورة التى أرادوها لأسمائهم.

وتغيير الهوية الجنسية -والتى تتعلق بما إذا كان الشخص ذكراً أم أنثى- من عناصر الشخصية. ولا يجوز للدولة بالتالى أن ترفض إدراج البيان الصحيح الخاص بها، ولو تعلق الأمر بشخص كان ذكراً ثم صار أنثى أو العكس. ذلك أن عملية تحويله لجنس آخر، تم إجراؤها وفقاً للقانون Le Transsexualisme([1]).

ويتعين بالتالى التسليم بالهوية الحقيقية للشخص -بكافة عناصرها- فإذا شوهها -بغير موافقة صاحبها- أحد من خلال عملية مونتاج أو عن طريق كاريكاتير يغير من الصورة التى هو بها، أو بوضعها فى سياق يعطيها غير دلالتها، كان ذلك إخلالاً بالشخصية التى تتميز بتفردها وبخصوصيتها، وحق معاقبة المسئولين عن هذا التغيير([2]). والناس فى أمراضهم، يقصدون أطباءهم الذين يعرفون حقائق حالتهم الصحية، وعليهم بالتالى كتمان أسرارها.

وتظهر بعض صور الحياة العائلية كذلك فى إطار العلائق الاقتصادية بين أطرافها وما أودعوه من الأموال فى مصارفهم، لتظل من الأسرار التى لا يجوز كشفها. فإذا أعلنتها صحيفة، حق عقابها. ذلك أن موارد الشخص الحالية والمستقبلية، وكذلك تلك التى تملكها زوجته، تتصل بخواص حياتهم التى لا يجوز اقتحامها. وقد يفضل بعض الأشخاص أن تظل هويتهم مجهولة حتى لا يعرفهم أحد. فإذا أذاع شخص عنهم ما يحددها ويظهرها، كان تصرفه مخالفاً للدستور والقانون.

رابعاً: على أن حق الأشخاص فى أن يظهروا أمام الآخرين بالصورة التى يختارونها لأنفسهم ويرونها أكثر تعبيراً عن ذواتهم، ليس من الحقوق المطلقة. إذ يجوز أن يفرض المشرع فى دائرة بذاتها، صورة بعينها على أشخاص يقعون فى نطاق هذه الدائرة، حتى تؤكد

([1]) المرجع السابق ص ٣٣٨.

([2]) فيما يتعلق بالرسوم الكاريكاتورية يوجد تسامح كبير فى نشرها بالنسبة إلى القائمين بالعمل العام.

هذه الصورة بينهم، فلا يختلط آخرون بهم. وليس ذلك إلا تعريفا بهم. ومن ذلك الأزياء التى يفرضها المشرع على رجال الشرطة. أو ضباط الجيش أو الطلبة في مراحل التعليم المختلفة.

وفى ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا([1]).

أن الحرية الشخصية لا ينافيها أن يفرض المشرع فى <<دائرة بذاتها>> قيوداً على الأشخاص الذين <<يقعون فى محيطها>> تغير من الصورة التى أرادوا الظهور بها كجزء من ملامح شخصيتهم.

ويندرج فى إطار هذه القيود، أن يلزمهم المشرع بأزياء بعينها يرتدونها، بما لا يخلطهم بآخرين لا ينتمون إلى هذه الدائرة، وليس لهم صلة بها، لتظل هذه الدائرة وقفاً على أصحابها، يعرفهم الناس بأزيائهم التى توحد بينهم، وتسهل التعامل معهم. وتلك مصلحة مشروعة لا نزاع فيها.

وتؤيد المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر هذه تأسيسا من جانبها علي أنه وإن جاز للمواطنين بوجه عام أن يظهروا بالصورة التى يريدونها، إلا أن المرأة التى تعمل فى جهاز الشرطة لا يجوز لها أن تطلق شعر رأسها منسدلا على كتفيها بالطريقة التى تراها. ذلك أن العاملين فى الشرطة يجب أن تتوحد أزياؤهم حتى يعرفهم الناس بسهولة من خلالها([2]).

وقد عارض القاضيان برينان ومارشال –وهما من أعضائها– الحكم المتقدم على سند من القول بأن مظهر الشخص، صورة من الحرية التى يكفلها الدستور. إذ يبلور هذا المظهر الشخصية الفردية ويعلن عنها ويغذيها. وهو كذلك تعبير عن الطريقة التى انتهجها الشخص أسلوباً لحياته.

فضلا عن أن ضمانة الحرية التى يكفلها الدستور، تشمل مظهره. فإذا لم يعبر عن هذا المظهر بالطريقة التى يراها، فإن الحق فى خواص الحياة، والتعبير الذاتى عن الشخصية وتحقيق تكاملها واستقلالها، يكون لغواً([3]).

([1]) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" –جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦– قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976).

([3]) ويلاحظ أن الآراء المخالفة لقضاء المحكمة ملحقة بذات الحكم السابق.

المطلب الثامن

إخلال القبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل([1])

La liberté d'aller et venir

٧٨٦- كان الإنسان منذ وجد، دائم الإنتقال من مكان إلى آخر، باحثا عن مأواه وما يقتات به، مقاتلا أعداءه، حريصا على أن يتخذ للحياة أسبابها في حدود قدراته. وكان يتردد دائما فيما بين موارد المياه، ليهجرها بعد نضوبها إلى موارد جديدة يقيم إلى جوارها، ويرعى ماشيته حولها. وهو في صراعه من أجل البقاء، في ترحال دائم، ولو إلى أبعد نقطة تبلغها قدماه، يطوع الطبيعة لظروفه، ويسخرها لاحتياجاته. ولم يكن في ذلك كله هائما أو شريداً. بل واعيا بما يفعل، متخذا من خطاه في الأرض، طريقا إلى حياة يطلبها.

وصار حق التنقل في مبدأ أمره، ضرورة يقتضيها الحق في الحياة، وحقيقة مطلقة تصل الحياة بأسبابها، وتعطيها روافدها.

وظل الإنسان في إطار هذه الأوضاع في حركة دائبة، لا يستقر في مكان واحد، ينتقل من جهة إلى غيرها. وقلما يصل مرة ثانية إلى النقطة التي بدأ الترحال منها.

٧٨٧- وبتطور الحياة، وتعقد وسائلها، وتزاحم الأفراد فيما بينهم وتناحرهم -ولو لانتزاع ما لا يخصهم- وتوافر مظاهر القوة التي يتسلط بها بعضهم علي بعض، صار تنظيم الحق في التنقل ضرورة يتطلبها التعايش في إطار الحرية المنظمة، وإن لم يكن ثمة جدل في أصل هذا الحق، ولا في توافقه مع الفطرة التي جبل الناس عليها، ولا في ضرورته لضمان الحق في الاجتماع وتوثيق حرية التعبير، وغيرها من الحقوق التي كفلتها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق، كالحق في التقاضي والحق في العمل. وحتى الحق في بيئة نظيفة يعيش الإنسان في كنفها، لا يتصور بغير ضمان الحق في التنقل لتطهيرها من ملوثاتها.

وارتبط الحق في التنقل Le droit de tout citoyen de circuler à son gré بالتالي -وعلى ضوء هذه المفاهيم- بأعلى القيم وأرفعها، وصار جزءا لا يتجزأ من الحق في الحرية، بل ومن الحق في الحياة. وهما حقان لا يتصور ضمانهما بغير حق التنقل، بما يؤمن الحرية من عثراتها، ويوفر للحياة أسبابها، ويعمق مظاهرها.

([1]) الحــق فــي التنقل، هو حق في التحرك، وهو حق طبيعي مقرر للأشخاص الطبيعيين وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن الحق في التنقل، ذو قيمة دستورية.

Decision No. 79- 107, D.C. du 12 Juillet 1979 (J.O.R . F) 13 Juillet 1979.

٧٨٨- ولم يعد الحق فى التنقل مقصوراً على الحدود الإقليمية، وإنما تعدت أسبابه إلى خارجها، وعلى الأخص فى مجال عمل الصحافة التى يتسقط مندوبوها الأخبار من مواقعها، وينقلونها إلى من يتطلعون إلى إنبائهم بها، وتحليلها.

وصار حق التنقل مفترضا أوليا لمباشرة الصحافة لحريتها، وضمانا لتدفق الحقائق من كافة المصادر التى تستقيها منها. ذلك أن حرية الصحافة قوامها حرية إعلان الكلمة من خلال نشرها، حتى تصل إلى كل من يريد الاطلاع عليها، وإن جاز تقييد الحصول على بعض المعلومات، من بعض المصادر، فى إطار من الوسائل القانونية السليمة التى تنافى التحكم.

٧٨٩- كذلك يرتبط ضمان حرية التعبير برصد الآفاق المفتوحة التى تنهل منها، والانتقال إليها للحصول على كل معلومة تتخذها مادة لها. فلا تنغلق هذه الحرية فى دائرة ضيقة، وإنما تتجدد روافدها، ويزداد اتساعها، بما يكفل تدفق عطائها، وتوثبها لكل جديد.

٧٩٠- والحق فى التنقل كذلك ضمان لإسهام المواطنين في كل شأن عام، وللحصول من الدولة -وعن طريق مؤسساتها المختلفة- علي الحماية التي يرجونها منها، سواء عن طريق اعترافها بحقوقهم التي أهملتها، أو بمعاونتهم في رد عدوان عليها. وهم بذلك يستوفون احتياجاتهم بالانتقال إليها وعرض ظلاماتهم عليها([1])، فإن لم تسعفهم في إيفائها أو أخرتها عنهم، أو ناجزتهم فيها؛ لم يعد أمامهم سبيل غير الانتقال إلي دور القضاء لتفصل في كل نزاع بينهم وبين السلطة، أو بينهم وبين خصومهم من الأفراد، ليحيط حق المواطنين في التنقل بأنماط حياتهم علي اختلافها، وبتوجهاتهم أيا كان الطريق لتحقيقها وبمعابرهم إلي الحرية والرخاء والتقدم، فلا يكون هذا الحق غير إرادة الحياة بكل مظاهرها([2]).

وهو حق يشمل المواطنين جميعهم، لا يتمايزون فيه عن بعضهم البعض([3])، ولو بالنظر إلى عرقهم أو مكانتهم. وهو فى الدول الفيدرالية حق للقاطنين فى كل ولاية، ينتقلون منها إلى غيرها، بغير فواصل إقليمية؛ ودون ما اعتداد بفقرهم أو ببطالتهم، وسواء تعلق الانتقال بأشخاصهم أو بأموالهم.

([1]) تنص المادة ٦٣ من الدستور علي أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه. ولا تكون مخاطبة السلطات العامة باسم الجماعات إلا الهيئات النظامية والأشخاص الاعتبارية.

(٢) يلاحظ أن حق المرأة الساقطة فى التنقل للبحث عن زبائنها، لا يرتبط بحرية الانتقال، وإنما بعرضها لجسدها والإتجار فيه وهو عمل غير مشروع.

(٣) ولا يجوز بالتالى للعمدة أن يحظر على أشخاص بذواتهم فى الدائرة الإقليمية للعمودية، الانتقال من مكان إلى آخر فيها ولا أن يطلب منهم مستندات قبل أن يصرح لهم بهذا الانتقال.

٧٩١- وحق الانتقال إلى ما وراء الحدود الإقليمية للدولة يحظى بالحماية ذاتها التى يكفلها الدستور لمن يتجولون فى نطاقها.

وقد يكون انتقالهم من وطنهم -ولو بصفة مؤقتة- لضمان فرص العمل التى يبحثون عنها. وقد تدوم هجرتهم من أوطانهم وفق الشروط والأوضاع التى ينظمها القانون.

ويظل الحق فى الانتقال فى هذه الفروض جميعها، موازيا فى أهميته، طعام الناس وشرابهم، وضربهم في الأرض بحثا عن أرزاقهم، وسعيهم لضمان أمنهم، ونضالهم من أجل حريتهم. إذ هو مدخل لكل ذلك. بل هو يمثل في إطار النظام القانوني للقيم، أكثرها حيوية واتصالا بالحق في الوجود.

٧٩٢- على أن حرية المواطن فى التنقل -ولو فيما وراء حدود بلده - تحكمها القيود التى يحيطها المشرع بها، بما لا إخلال فيه بشرط الوسائل القانونية السليمة. وللدولة بالتالى أن تمنع مواطنيها من الانتقال إلى بؤر الصراع، وإلى المناطق التى تتهدد فيها حياتهم بخطر كبير، كالبلدان المعادية، أو التي دهمتها فتن داخلية، أو مزقتها أطماع أجنبية، أو استشرت فيها نوازع عرقية تأكل الأخضر واليابس.

ولا كذلك حرمانها أفراد منظمة بعينها من الانتقال داخل الدولة أو خارجها، ولو كان نشاطها مناوئا لها، أو غير مقبول منها. ذلك أن منعهم من الانتقال، يفترض سعيهم لتقويض نظمها انقلابا عليها. وهو اعتبار إذا توافر فى حق المتورطين فى النشاط غير المشروع لهذه المنظمة، لا يقوم في حق اعضائها الأبرياء الذين لا شأن لهم بدائرة إجرامها.

فلا تكون النصوص القانونية التى تحظر تنقل أعضاء المنظمة جميعهم، إلا مفرطة فى اتساعها، تخلط الأبرياء بالمذنبين، وتجمعهم على صعيد واحد، وتردهم إلى دائرة الجزاء عينها، بما يعوق حرياتهم التى كفلها الدستور؛ ولو علق المشرع حقهم فى الانتقال، على تخليهم عن المنظمة التى انضموا إليها. ذلك أن التحاقهم بتنظيم معين فى إطار حق الاجتماع، مؤداه أن يكون دخولهم فيه، وخروجهم من إطاره، معلقا على إرادتهم، لا على قرار من الجهة الإدارية.

٧٩٣- ويتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تنظر إلى الحق فى التنقل باعتباره أصلا لا يجوز تقييده إلا فى أضيق الحدود. فإذا فوض المشرع جهة إدارية فى أن تقرر بنفسها شروط حرمان المواطنين من حرية الانتقال، فإن منعها لمواطن من مباشرة هذه الحرية، يخوله حق التظلم من قرارها ومناقشتها كذلك في أدلتها، ثم الطعن على هذا القرار

حال إصرارها علي تنفيذه. وللمحكمة أن تراجعها فيه، وأن تلغيه إذا كان فاقدا لسببه، وغير مشروع بالتالي. وهي بذلك تزن العناصر التي قام عليها القرار المطعون فيه، وتحققها وتفصل فيها، فلا يكون قرار الحرمان من الانتقال موافقا للدستور والقانون، إلا إذا اقتضته مصلحة لها اعتبارها كتلك التي تتعلق بالأمن القومي([1]).

٧٩٤- ويبدو الحق فى التنقل أكثر أهمية في الدول الفيدرالية، بالنظر إلي الطبيعة المركبة لهيكلها السياسي، وباعتبار أن ضمان هذا الحق، يوحد شعوبها في الأجزاء المختلفة لإقليمها، ويكفل تماسكها ويحقق التداخل بين مصالحها، ويزيدها قوة وصلابة تتخطي بها الحواجز الإقليمية التي تفصل ولاياتها أو مقاطعاتها عن بعضها، لتظهر عملا وكأنها كتلة متماسكة شديدة الترابط، عميقة التلاحم، فلا يتمزق نسيجها، وإنما يكون صامدا عبر الأجيال، وخلال العهود المختلفة.

ذلك أن ضمان حرية مواطنيها فى التنقل بين أجزاء إقليمها، بغير قيود تحكمية تعطل حركتهم، يوثق صلتهم بها، ويضمهم إلي بعضهم ويكفل حرية التجارة فيما بينهم Interstate commerce، ويوحد سعيهم لتأسيس وطن واحد يذوبون فيه، ويمحو الفوارق بينهم قدر الإمكان. ولئن كفل الدستور الفيدرالي لكل ولاية أو مقاطعة داخل الدولة الفيدرالية، استقلالها تشريعيا وتنفيذيا وقضائيا عن غيرها، إلا أن التنقل من ولاية أو مقاطعة إلي ولاية أو مقاطعة أخرى، بعيدة عنها أو قريبة منها، كثيرا ما يكون ترحالا من أجل البحث عن فرص أفضل للعمل، أو استثمار أكثر جاذبية للمال، أو عن معاملة ضريبية أرفق، أو عن معونة اجتماعية أعلي Higher welfare benefits.

وليس لولاية بالتالي أن تصد أبوابها عن معوزين يطرقونها؛ ولا عن وافدين يطلبون العلم في معاهدها ذات المزايا الأفضل؛ أو يترددون علي مرافقها بقصد الانتفاع بها، ولا أن تمايز بين مواطنيها الذين استقروا في إقليمها سنين طويلة، وبين الذين يمرون في إقليمها مروراً عابراً من غير مواطنيها([2]).

فالدول الفيدرالية تترابط أجزاؤها، وتنصهر داخلها الحدود الإقليمية لكياناتها السياسية الفرعية، مقاطعة كانت أم ولاية أم كانتونا. إذ ليس من شأن هذا التقسيم السياسي، أن تتفرق شعوبها وتتناثر، ولكنها تتوزع علي أجزاء مختلفة في الوطن الأم، لتكون لهم ذات الحقوق

([1]) Kent v.Dulles, 357 U.S. 116 (1958).
([2]) Shapiro v.Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

التي يكلفها الدستور الفيدرالي لجموعهم، سواء قبل بعضهم البعض، أو في مواجهة الدولة المركزية التي لا يجوز أن تعاق حركتهم داخلها، وعبرها([1]) Interstate movement.

٧٩٥- وتكفل المحكمة الدستورية العليا حرية المصريين فى انتقالهم فيما بين ربوع بلدهم، غدوا ورواحا -بما فى ذلك الحق فى مغادرة الإقليم- فلا ينفرد فريق من بينهم بمباشرة حرية الانتقال داخل بلدهم أو خارجها، وإنما يباشرها كل مواطن بما لا يقوض جوهرها، أو يخل بمصلحة قومية لها اعتبارها.

وهو ما تدل عليه المادة ٥٠ من الدستور التي تخول كل مواطن -وفيما عدا الأحوال التى يبينها القانون- الحق فى أن يقيم فى الجهة التى يختارها داخل بلده. فلا يرد عنها، ولا يجبر على أن يتخذ غيرها موطنا. ومرد ذلك أن الحرية الشخصية لن تكتمل ملامحها بغير الحق في التنقل، وعلي الأقل باعتباره ضروريا لصون جوهر مكوناتها، ولتأمين كافة الحقوق التي ترتبط بها

٧٩٦- والبين من المادتين ٥٠و٥١ من الدستور، تقريرهما لضمانتين ترتبطان بالحق في التنقل. ذلك أن: أولاهما: لا تجيز منع مواطن من أن يقيم في جهة بعينها، أو حمله علي أن يقيم في مكان معين، في غير الأحوال التي ينص عليها القانون.

وتحظر ثانيتهما: إبعاد مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تدبيراً احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية تتصل بالمواطن المبعد أو الممنوع من العودة إلى بلده.

ثم تأتي المادة ٥٢ من الدستور لتكفل للمواطنين جميعهم حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلي الخارج، علي أن ينظم القانون هذا الحق، ويبين شروط الهجرة وإجراءاتها([2]).

٧٩٧- وقد أعطى الله تعالى حرية الانتقال قيمتها العليا، فلم يجعل مباشرتها مجرد حق، بل واجباً كذلك حتى لا ينسحق الناس بالقهر وذل الحاجة، فى جهة بذاتها يقيمون فيها. فقد بسط الله تعالي الأرض للناس جميعهم، وجعلها لهم مهادا، وسواها وأغدق مرعاها، وأنشأها ذلولاً يمشون فيها، و يحصلون على احتياجاتهم منها.

([1]) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

كــذلك فإن من بين الحقوق التى تقتضى ضمان حرية الانتقال، حق الأشخاص فى التشكي للسلطة العامه من ظلم وقع عليهم، وحقهم فى التصويت لاختيار القائمين بالعمل العام، وحق الدخول إلى المبانى الحكومية.

([2]) القضــية رقم ٥٦ لسنه ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤ -ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ثم نهاهم -بعد أن عبدها لهم- عن أن يكونوا مستضعفين فى الأرض مع رحابتها، تضيق بهم رغم اتساعها. فأمرهم بالانطلاق فى مناكبها، لا يترددون خوفا، أو يتعثرون تخاذلا، وإنما يجولون فيها بقوة الإيمان ومضاء العزيمة، باحثين عن كرامتهم قبل قوتهم، بما يحفظ لقلوبهم جذوتها، فلا تهمد حركتهم في الحياة.

المبحث الثالث

الإيقاع بالآخرين Entrapment

٧٩٨- تفترض الجريمة فى الأعم من أحوالها، إرادة ارتكابها. ويقتضى تحقيقها توصلا إلى جناتها، جهداً متتابعا من القائمين بأعمال الضبط الجنائى، وعلى الأخص فى مجال تجميعهم للدلائل على وقوعها، استدلالا بها على ثبوتها فى شأن شخص معين، يعتبر فى نظرهم مرتكبها.

ويحيط المجرمون أنفسهم ونشاطهم بقدر كبير من السرية، ويحكمون تنظيماتهم حتى لا يعرفها أحد، ويبثون عيونهم في أماكن مختلفة لتنبههم إلي كل خطر قادم عليهم، ويتكتمون شئونهم حتى لا يدركها غير المحيطين بهم من أعوانهم، ويتعمدون تضليل رجال القانون حتى تظل الجرائم التى يرتكبونها بعيدة عن أيديهم بما يحبط جهودهم ويعجزهم عن كشفها والقبض عليهم بغير عمل من أعمال الخداع التي يستهدفون بها إيقاعهم في قبضة العدالة. ومن صور الخداع هذه بثهم لعميل من بينهم، أو من جهة غير هيئة الشرطة، يندس بينهم، ويعايشهم في مظاهر سلوكهم المختلفة لإيهامهم بأنه مجرم مثلهم، يسير علي منوالهم، ويتوخي تحقيق أغراضهم.

وبقدر مهارة العميل في الإقناع، تكون قدرته علي الإيقاع بهم أكبر. إذ يندمج فيهم، ويصير واحدا من أتباعهم. وقد يمولهم لتنفيذ مشروعهم الإجرامى، أو يعمل معهم في تخليق بضاعتهم أو ترويجها، وقد يصل دور العميل إلي حد تحريضهم علي الجريمة. وذلك بأن يزينها في عقولهم، أو يصمم لهم خططها ومراحل تنفيذها، متوخيا بذلك أن يراهم ماثلين أمام المحكمة ومعهم دليل جرمهم. فلا تكون أعمال الخداع التي أتاها غير تدبير محكم يخطط للجريمة بقصد كشفها وضبطهم متلبسين بارتكابها.

والعميل في كل ذلك يظهر لهم وراء شخصية مختلفة عن حقيقته، كأن يتقمص دور تاجر يريد شراء المواد المخدرة منهم، ويقنعهم بأن يعاونهم في توزيعها. وقد يقدم لهم المادة الأولية اللازمة لتخليقها حتى يورطهم بدرجة أكبر فى جريمة صنعها([1]).

وقد يظهر العميل في صورة من يتاجر في الآثار، فيعمد إلى إقناع من يهربونها بأنه أقدر منهم على إخفاء ملامحها ثم تسويقها، فيودعون ثقتهم فيه، ويطلعونه على الآثار التي نهبوها، ويرتبون خططهم لنقلها إلى الخارج وبيعها بوصفهم شركاء في أرباحها.

([1]) The Supreme Court, Entrapment and Our Grminal justice Dilemma, Sup. CT Revieu 111 (1981).

وقد لا يتعلق الأمر بأشخاص ضالعين في الجريمة، وإنما تحيط بهم شبهة تورطهم فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في الرشوة التي يشاع عن بعض الموظفين أنهم يتلقونها ممن يتعاملون معهم من أفراد الجمهور، فيعرضها العميل عليهم، حتى إذا قبلوها، أدانوا أنفسهم بأنفسهم.

٧٩٩- فنحن إذن أمام صورتين من صور الخداع والإيقاع:

إحداهما: تتعلق بأشخاص ضالعين في الجريمة قبل اتصال العميل بهم. وهم منخرطون فيها ومقبلون عليها ولو لم يتصل بهم هذا العميل. وإنما اقتصر دوره علي حملهم علي الإسراع فيها من خلال تسهيل خطواتها.

ثانيتهما: تتعلق بأشخاص ما كانوا ليتورطوا في الجريمة، لولا تدخل العميل.

فما هو حكم القانون في كل من هاتين الصورتين؟؟

تحكم هذا الموضوع نظرتان:

إحداهما شخصية: Subjective approach. ومؤداها أنه إذا كان الضالعون في الجريمة ليرتكبوها، ولو لم يتصل العميل بهم ليورطهم فيها، فإن الجريمة تكون من صنعهم بعد أن خططوا لها وتحينوا فرصتها، فلا يقبل منهم بعدئذ القول بأن العميل حرضهم عليها أو زينها في عقولهم([1]).

فإذا لم يكن من ارتكبها ليدخل منها لولا تدخل العميل، فإن فعل العميل يكون محظوراً.

ومن ثم تركز النظرة الشخصية على الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، وما إذا كانوا قد خططوا للجريمة وعقدوا العزم على تنفيذها قبل اتصال العميل بهم، أم كانوا أسوياء لا شأن لهم بها، ولكن العميل جرفهم إليها.

وثانيتهما نظرة موضوعية: Objective approach تولي اهتمامها لأفعال العملاء في ذاتها. فإن كان من شأنها التدخل في الجريمة علي نحو يدل على خروجهم على واجباتهم الوظيفية محددة على ضوء مستوياتها المسلم بها، كان تدخلهم غير مقبول. An intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise ويتعين بالتالى إطلاق سراح من ورطهم العميل فى الجريمة، سواء كانوا من قبل ضالعين فيها، أو لا

([1]) Jacobson v. United States, 112 S.ct. 1535, 1540 (1992).

ينزعون لارتكابها، وذلك كلما كان تدخل العميل قد هبط بواجباته الوظيفية إلى حدود تنافي خصائصها ومتطلباتها التى لا يندرج تحتها التحريض على الجريمة.

Entrapment regardless of predisposition.

٨٠٠- وتميل المحاكم في مجموعها إلي النظرة الموضوعية التي تخولها تعمق أعمال عملاء السلطة، ومراقبة قدر تدخلهم بها في الجريمة، ووجه تأثيرها في إرادة مرتكبها. فكلما كان هذا التدخل جسيما بما يخل بالقواعد الرئيسية التي تدار العدالة الجنائية علي ضوئها، فإن هذا التدخل يكون محظورا، ولو كان تدخل العميل قائما على نبل دوافعه في مطاردة المجرمين، وجموحه في مجال تعقبهم والنيل منهم([1]).

Overzealous Law Enforcement Officers.

وعلي المحكمة أن تحقق فى الدفوع التي يقدمها المحامون والتى يتهمون بها العملاء بالإيقاع بموكليهم، وأن تنظر فى كل حالة على حدة، وأن تحدد مدخلها للفصل فيها، على ضوء النظرة الشخصية أو الموضوعية التى تتخذها منهاجاً لها، والتي تحدد على ضوئها ما إذا كان تدخل العميل فى حالة بذاتها جائزاً أو غير جائز.

فتساندها إلى النظرة الشخصية، مؤداه أن الإيقاع لا يكون مبرراً، ما لم يكن الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، مقبلون على الجريمة يتحينون الأوضاع الملائمة لتنفيذها إذا واتتهم فرصتها، ولو لم يكن العميل قد اقترب منهم.

Defendants disposed to commit the criminal act prior to first being approached by the government's agent

ولا كذلك تأسيسها لحكمها على النظرة الموضوعية التي تركز علي العملاء أنفسهم، وتدينهم إذا كان سلوكهم في حالة بذاتها، مجاوزاً الحدود المنطقية لاستعمال سلطاتهم. وهو ما يتحقق إذا انحرفوا بتصرفاتهم عن مستوياتها التي يجوز القبول بها.

Whether the police conduct revealed in the particular case, falls below standards for the proper use of governmental power.

([1]) والنظرة الموضوعية هى التى يوصى بتقنينها فى القوانين الجنائية:

See, American law Institute, Model Penal Code (1962); National Commission on Reform of Federal Criminal laws,. A Proposed New Federal Criminal law (Final Draft 1972).

ولم تقبل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية النظرة الموضوعية التي أيدها بعض قضاتها وأوصى بها الكونجرس ومشرعو الولايات الأعضاء في الإتحاد.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, Printed by Congrssional Research Service, pp.1751,1752.

وتختل مستوياتها هذه، إذا كان العميل قد خلق الجريمة بيد غيره، أو كان سببها من خلال التحريض عليها.

The Inquiry to be focused on, is whether the act instigated the crime

ويعتبر العميل صانعا للجريمة بيد غيره، إذا كان قد زود المتهم بمادة لا تقوم الجريمة إلا بها، ولو كان بإمكان المتهم أن يحصل عليها من مصدر آخر. ويعتبر تدخله في الجريمة محظورا كذلك إذا كان هو سببها من خلال الحض عليها، كأن يعاشر العميل امرأة لها ماض، ويوهمها بصدق عواطفه نحوها، ثم يدفعها إلي مخالطة رجال آخرين بغير تمييز ولو بغير أجر، ليتهمها بعد ذلك بالدعارة.

ذلك أن تدخل العميل في هاتين الصورتين يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا تعارض الإيقاع بمجرمين غمض نشاطهم علي الشرطة من خلال مظاهر التحوط التي يتخذونها. فلا يكون دخول العملاء في صفوفهم والاندماج معهم، تدبيراً منافيا لهذه الوسائل إذا كان ما يتوخاه منحصراً في الاتصال بالمجرمين حتى يطمئنوا لهم، ويعرفونهم علي مخازن الأسلحة التي هربوها، أو معامل تقطير الخمور التي أخفوها، أو أماكن تخليق المواد المخدرة التي يروجونها، أو طرق جلبها، ووسائل توزيعها؛ أو صور التعامل في الدعارة التى خططوا لها، والنظم التي تدار بها شبكتها بما فى ذلك وسائل اتصال الرجال بالبغايا.

ولا كذلك دفعهم إلى الجريمة التى كانوا يخططون لها قبل اتصال العميل بهم. ذلك أن إجرامهم وإن كان جزءاً من الحياة اليومية التى ألفوها، إلا أن كل تدبير يتخذه العميل بقصد التحريض على الإسراع فيها أو لتزيينها على نحو يؤمن مخاطرها فى عقولهم، هو تدبير غير مقبول. ويزداد الأمر سوءا إذا كان تدخل العميل متصلاً بأشخاص لم يتأهبوا للجريمة، وإنما ورطهم العميل فيها([1]).

وتظل درجة تدخل العميل في الجريمة، معيارا حاسما في اعتقادنا، لتحديد نقطة الفصل بين الإيقاع الجائز بالمجرمين، والإيقاع غير المقبول([2]).

([1]) United States v.Russell, 411 U.S. 423 (1973).

وعلي ذلك يجب التمييز بين أشخاص لم يتأهبوا للجريمة ولا يعنيهم أمرها، وإنما ورطهم العميل فيها؛ وبين آخرين كان الإجرام من خلقهم وخلقهم.

To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn letween the trap for the unwary innocent, and the trap for the unwary criminal.

([2]) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

المبحث الرابع
إقرار المشبوهين بالجريمة

المطلب الأول
طبيعة هذا الإقرار

٨٠١- يفترض فيمن تثور في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، أن اعترافاتهم بها -فيما لو أقروا بأنهم جناتها- مجردة من كل تأثير يفقدها مصداقيتها، أو يرجح بهتانها، وهو ما يتحقق كلما نجم التأثير عن تدخل غير مشروع للحصول عليها، ولو بحمل شخص أو أشخاص على الشهادة التي تدينهم، سواء كان هذا الحمل مرده إلى تهديد بإيذائهم أو إلى منفعة وعدوا بها([1]) .A promise of benefit or a threat to harm

ويعتبر خوض المحكمة في صدق اعترافاتهم أو كذبها، صمام أمن يحول دون تلفيقها أو الإكراه عليها من خلال ضربهم أو جلدهم أو استعمال غير ذلك من مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها([2]). غير أن التحقق مما إذا كان الإقرار بالجريمة يعتبر عملا إراديا أو كان قد انتزع قهراً، صار متعذرا اليوم علي ضوء الوسائل العلمية التي لا تظهر معها آثار تعذيبهم أو أنواع الضغوط التي تعرضوا لها.

كذلك فإن من وسائل الحصول علي اعترافاتهم، ما كان يبدو في ظاهره موافقا للقانون، ثم صار في إطار التطور القضائي مخالفا لأحكامه.

فالأسئلة التي يوجهها رجال الشرطة إلي المشتبه فيهم، لا مخالفة فيها للقانون بشرط أن يتم توجيهها إليهم في حضور محام إلي جانبهم.

غير أن امتداد هذه الأسئلة فترة طويلة من الزمن، وتعاقبها واتصال حلقاتها بما لا يوفر للمشبوهين فرصة لالتقاط أنفاسهم، ويعرضهم لضغوط نفسية كبيرة، يعتبر في حكم الإكراه، فلا يؤخذ بإجابتهم هذه دليلا ضدهم([3]).

([1]) يستند بطلان الإعتراف اللاإرادى فى الدستور الأمريكى إلى التعديل الخامس لهذا الدستور الذى يقضى بأنه لا يجوز لشخص أن يدين نفسه بنفسه. Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1997).

([2]) Chambers v.Florida, 309 U.S. 227 (1940); Ward v.Texas 316 U.S. 547 (1942).

([3]) Ashcraft v.Tennessee, 322 U.S. 143 (1944).

وفي هذه القضية، بطل الإعتراف بعد ٣٦ ساعة من الأسئلة المستمرة تحت أضواء كهربائية مبهرة.

ذلك أن سؤالهم علي هذا النحو، من الوسائل الخطرة المنطوية علي سوء استعمال السلطة. ويتعين بالتالي إدانتها وردع القائمين عليها من خلال إبطال تحقيقاتهم، ولو كان ما دون فيها يحمل عناصر صدقها، بالنظر إلي ترابطها ووجود قرائن تدعمها.

بما مؤداه أن إقرار المشتبه فيه بالجريمة، لا يعتبر دليلا عليها إذا تم التحصل علي هذا الإقرار بوسائل غير ملائمة، ولو كان ذلك الإقرار مؤيدا بدلائل خارجية تؤكد صحته([1]).

ذلك أن مثل هذه الوسائل تناقض قيم الجماعة وثوابتها، ولا توفر لمن يتعرضون لها الفرص الحقيقية التي تؤمن حقهم في الحياة وفي الحرية، وهما حقان لا يجوز إهدارهما بغير الوسائل القانونية السليمة.

المطلب الثاني

بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً

٨٠٢- ولا يجوز بالتالي أن يدان المتهمون كلما كان اعترافهم بالجريمة ناجما عن وسائل تنتزع بها أقوالهم، ولو قام الدليل علي صدق أقوالهم هذه. ذلك أن النظم الجنائية في تطورها المعاصر، لا تعتبر نظما تنقيبية Inquisitorial. ولكنها نظم اتهامية Accusatorial تقتضي أن تركز المحاكم اهتمامها -لا علي صدق الإقرار بالجريمة أو كذبه- وإنما علي نوع الوسائل التي تأتي بها. فكلما كان من شأنها قهر إرادة المقر بالجريمة، بطل إقراره بها، ولو كان صادقا([2]).

ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين مع موكليهم يعقد الإقرار بالجريمة، أو يجعل حلها أكثر صعوبة. ذلك أن الأمر الأكثر أهمية هو الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ولو بدا المقر بالجريمة مسيطراً علي أعصابه، متخليا عن حذره، بل ولو كان مدركا أن إخفاءه الدليل علي ارتكابه لها، معركة خاسرة في مواجهته لرجال الشرطة.

ومن غير المتصور في الدول التي تقوم دساتيرها علي ضمان الحرية الشخصية بما يكفل عدم الإخلال بها دون مقتض، أن ينتزع الإقرار بالجريمة من مشبوهين، بوسائل تعتبر في مضمونها تعذيبا عقليا لهم، خاصة إذا نجم اعترافهم بالجريمة عن أسئلة متتابعة تمتد زمنا طويلا يكون منهكا لأبدانهم؛ وكان رجال الشرطة قد تناوبوا عليها In relays لضمان راحتهم

([1]) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

([2]) Rogers v.Richmond, 365 U.S. 534 (1961), Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

بالنظر إلي طول مدتها؛ وكان المشبوهون قد تعرضوا لإضاءة قوية تغشي بها أبصارهم أثناء التحقيق معهم في غرفة مغلقة جلبوا إليها وأودعوا فيها طوال فترة التحقيق معهم([1])؛ وكانت الأسئلة التي وجهها رجال الشرطة إليهم قائمة علي افتراض ارتكابهم الجريمة، بما يشكل ضغطا نفسياً لا يحتمل علي أعصابهم التي يرهقها بالضرورة اتهامهم بجريمة خطيرة كالقتل أو بغيرها من الجرائم التي لا تقبلها الجماهير عادة من منظور قيمها.

المطلب الثالث

حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تفريط فيها

٨٠٣- ولئن جاز في بعض الدول أن يساق المشبوهون فيها إلي أماكن الاحتجاز التي ينعزلون فيها عن الاتصال بآخرين يرجون عونهم كالأصدقاء والمحامين، وأن يقروا بالجريمة في إطار ضغوط نفسية محسوبة يصبها رجال الشرطة علي عقولهم، ويعطلون بها إرادتهم؛ فإن ذلك لا يجوز بيقين في دول تعطي للدستور القيمة الأعلى، ولا تقبل محاكمها بالتالي تعذيبا عقليا أو بدنيا يكون من ثماره، الإقرار بالجريمة التي تفصل فيها.

ذلك أن ترويعهم يتمحض تخويفا ورهبة يبعثها رجال الشرطة فى أنفسهم. فلا يكون أمامهم من خيار غير الإقرار بالجريمة([2]).

ويتعين بالتالي أن يكون لهم حق كامل في سماع أقوالهم أمام قاض؛ وبالحق في أن تنبههم الشرطة إلي الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتى يندرج تحتها الحصول على عون من أصدقائهم ومحاميهم. بل إن الأجواء التى تتصل بالاحتجاز، لا يجتثها من منابتها غير حضور محاميهم معهم حتى يقدموا لهم يد العون التى يحتاجونها فى شدتهم، وحتى تظل حريتهم فى الخيار بين صمتهم عن كل قول يتعلق بالجريمة، وحديثهم عنها، كاملة غير منقوصة خلال فترة استجوابهم.

فضلا عن أن احتمال لجوء الشرطة إلى وسائل القهر غير المعلنة، يتضاءل إلى حد كبير مع وجود المحامين. فإذا تعرض موكلوهم لهذا القهر، شهد محاموهم بذلك أمام أية جهة يعنيها معرفة حقيقة ما تم. ويكفل حضور المحامين كذلك عدم تحريف الشهادة التى يدلى موكلوهم بها فى مرحلة التحقيق، وصحة ما تعتمد عليه سلطة الاتهام من أجزائها، فلا يتصور تشويهها.

---

(1) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(2) Watts v.Indiana, 338 U.S.49 (1949); J.Wigmore, A treatize on the Anglo-American System of Evidemce, 3d edition (1940).

المطلب الرابع

تطور مفهوم الإقرار بالجريمة

٤٠٨- ثم حدث تطور آخر في مفهوم الإقرار بالجريمة من ناحيتين:

أولاهما: القول بأن الوسائل غير الملائمة لانتزاع هذا الإقرار، تحطم الإرادة، أو تحملها قهرا علي ما يناقض حريتها؛ هو الوجه المقابل للقول بأن الإقرار بالجريمة يعتبر صادرا عن إرادة حرة إذا لم تكن وسائل الشرطة في التحقيق، تدل علي عدوانيتها أو تحمل معها من المخاطر ما يدل علي أن الإقرار بالجريمة لا يعبر عن الحقيقة([1]).

وفي ذلك تركيز علي النتيجة التي أفضى إليها استعمال هذه الوسائل. وليس علي هذه الوسائل في ذاتها، خاصة وأن هذه النتيجة تتأثر بكافة العوامل التي تحيط باستجواب المشبوهين كسنهم، ودرجة ذكائهم، وقدر تعليمهم، وماضيهم في الجريمة، وعدم تقديم الطعام لهم بصورة منتظمة، وحجبهم عن الاتصال بذويهم أو بأصدقائهم، واستعمال مظاهر القوة قبلهم أو التهديد بها.

وجميعها عوامل تنظر إليها المحاكم في مجموعها، ولا تعتد بواحد منها فقط، مما جعل معيار الإقرار الحر بالجريمة، غير موحد فيما بينها، بالنظر إلي اختلافها في الأهمية التي تعطيها لبعض هذه العوامل.

ثانيتهما: التمييز بين تحقيق تجرية الشرطة في مرحلة اشتباهها في شخص معين بوصفه ضالعا في الجريمة، وبين تحقيق تتولاه في مرحلة الاتهام بالجريمة.

ذلك أن كل إقرار تحصل عليه الشرطة من المتهم بعد اتهامه بالجريمة، يعتبر باطلا إذا تم في غير حضور محاميه، بالنظر إلى ما هو مقرر من أن الاتهام بالجريمة تليه بالضرورة محاكمة المتهم عنها أمام محكمة محايدة مفتوحة جلساتها للكافة، وتحيطها كل ضمانة إجرائية يتطلبها القانون.

وإذ كان حضور محامي المتهم، يعد مفترضا أوليا في مرحلة الاتهام هذه، وحتى الفصل فيه؛ فإن حضوره كذلك يكون واجبا من باب أولي في كل تحقيق تجريه الشرطة بعد الاتهام

([1]) Developments in the law- Confessions, 79 Harvard law Review. 935, 954- 59 (1966).

وخارج قاعة المحكمة. إذ هو تحقيق غير قضائي Extra-judicial proceedings لا يجوز أن يتم بغير حضور محاميه([1])، وإلا بطل إقراره بالجريمة، ولو صدر عن إرادة حرة.

وهو ما نراه صائبا من الأوجه الآتية:

١. أن حضور المحامي يكون واجبا في الأصل ليس فقط أثناء المحاكمة وبعد الاتهام، بل كذلك في كل المراحل السابقة عليهما كلما كان حضوره فيها، مؤثرا في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية.

٢. أن حق المتهم في الحصول علي مشورة محاميه، يفقد بالضرورة كل قيمة، إذا كان مصير المتهم قد تحدد سلفا من خلال التحقيق السابق علي المحاكمة.

٣. القول بأن الذين تثور في شأنهم شبهة إتيان الجريمة، كثيرا ما يعترفون بها خلال الفترة بين القبض عليهم واتهامهم، وأن اعترافاتهم هذه ستقل بالضرورة إذا كان حضور محامين معهم واجباً في مرحلة ما قبل المحاكمة؛ يؤيد الطبيعة الحرجة لهذه المرحلة، بما يحتم حضور محامين عنهم ومعهم أثناءها.

فثمة علاقة وثيقة بين حرص الشرطة في هذه المرحلة علي الحصول علي إقرار بالجريمة ممن تثور قبلهم شبهة ارتكابها؛ وبين ضرورة حصولهم في هذه المرحلة ذاتها علي عون محاميهم.

٤. أن الحقائق التاريخية قديمها وحديثها، تؤكد القول بأن النظم الجنائية التي تعتمد في سعيها لمكافحة الجريمة علي إقرار المشبوهين بها، هي في واقعها نظم تختصر الطريق إلي إدانتهم. فضلا عن أن هذه النظم، تكون أقل إنصافا، وأكثر مدعاة لإساءة استعمال السلطة، وتفقد فى النهاية مصداقيتها، لتتقدم عليها نظم غيرها تركز اعتمادها على الأدلة الخارجية التى يتم الحصول عليها من خلال مهارة المحققين وخبرتهم العملية.

٥. تنهار أعمدة النظم الجنائية كلما ارتبط بقاؤها وفاعليتها بتخلى المواطنين بغير وعى منهم عن الحقوق التى كفلها الدستور لهم، كالحق فى أن يظلوا صامتين، فلا يدلون بإقرار عن جريمة تثور شبهه ارتكابهم لها. ذلك أن ضمان هذه الحقوق أولى من إهدارها. والإصرار عليها مقدم علي محاولة التخلص منها من خلال نظم جنائية لا تعنيها هذه الحقوق أكثر من حرصها علي ملاحقة الجناة المحتملين.

([1]) Massiah v.United States, 377 U.S. 201 (1946).

٦. أن الحق في الحصول علي عون محام، يكون واجبا حتى في مرحلة التحقيق، كلما تحول التحقيق من اجتهاد لمحاولة حل غموض جريمة لازال مرتكبها مجهولا، إلي التركيز علي شخص معين تحتجزه الشرطة لديها باعتباره مشتبها فيه، وتمطره بأسئلتها لإجهاده حتى يقر بالجريمة، غير عابئة في ذلك كله بطلبه حضور محاميه، بل ورفضها لهذا الطلب، ومثابرتها علي التحقيق دون أن تبصره بحقه في أن يظل صامتا.

ولا يعني ذلك تعطيل حق الشرطة في الحصول من أقوال الشهود ومن خلال تحقيقاتها، وكذلك من غيرها من المصادر، علي الأدلة التي تعينها علي حل غموض جريمة قائمة. ذلك أن ما هو محظور عليها، هو أن تنتقل من مرحلة التحقيق إلي مرحلة الاتهام من خلال تركيزها علي شخص معين بقصد الحصول علي إقراره بالجريمة([1]).

٧. أن مجرد احتجاز الأشخاص الذين تثور في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، وإحاطتهم بأجواء خانقة تسيطر الشرطة عليها، وينعزلون فيها عن الاتصال بالآخرين، يشكل ضغوطا نفسية شديدة وطأتها عليهم، ومآلها في النهاية الإقرار بالجريمة حملا وقهرا، فلا يكون هذا الإقرار حراً. خاصة وأن الاحتجاز يتم في مكان خاص مغلق. وخصوصية المكان تعني سرية ما يدور فيه. ويتعامل رجال الشرطة مع المشبوهين بوصفهم مذنبين، ويركزون اهتمامهم علي بعض التفاصيل التي تحيط بالجريمة، وليس علي نسبتها إلي من يشتبهون فيه. ذلك أنهم يفترضون ارتكابهم لها، ولا يحفلون بغير تقصي دوافعهم للوقوع فيها. ويحرصون كذلك علي تضليلهم من خلال التقليل من شأن الجريمة التي نسبوها إليهم، ويتخذون لذلك طرائق مختلفة من بينها إلقاء اللوم علي ضحية الجريمة، أو علي الجماعة كلها التي لم توفر لهم فرص العمل، أو الحياة الآمنة، أو الطفولة الهادئة، أو الظروف الملائمة للحياة.

وهم بذلك يضعون من يشتبهون فيهم في أجواء نفسية لا يستهدفون بها غير الحصول علي تفاصيل الجريمة التي قطعوا من قبل بأنهم مقارفوها. فإن أخفقوا في الحصول منهم علي هذه التفاصيل؛ فإن مودتهم الظاهرة تتحول إلي موجة عدوانية يعملون من خلالها علي انتزاع إقرار بالجريمة، ولو بطرق الخداع كإيهامهم المشتبه فيه، بأن أحد شركائه في الجريمة قد أقَر بارتكابه لها.

٨٠٥- تلك صور لرجال الشرطة في ممارساتهم اليومية في التحقيق مع مشبوهين يحتجزونهم لديهم، ويوجدون معهم منفردين، ومعرضين لضغوطهم بما يقوض إرادتهم

([1]) Hopt v. Utal, 110 U.S. 574 (1884); Mc Nabb. v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Anderson v. United States, 318 U.S. 350 (1943);Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

Self- control essential to make a confession voluntary. فلا يرددون بأقوالهم غير تصور رجال الشرطة للجريمة. بل إنهم يفصلون واقعاتها وفق صورتها في أذهان الشرطة الذين يتذرعون في أسئلتهم معهم بقدر كبير من الصبر والإصرار، ويحرصون علي أن تكون أسئلتهم متتابعة حلقاتها، ترهقهم بثقلها، وبتوجهها للحصول علي إقرار بالجريمة([1]).

فإذا أخفقوا في ذلك، لجأوا إلي صور من الخداع والتحايل والتضليل كإعطائهم مشورة قانونية زائفة. وهم بذلك يخلون بتوازنهم، ويعمدون إلي إخافتهم وإفزاعهم، بما ينتظرهم من مصير.

ويتعاملـون مع ضـعـفهم النـاجـم عن عزلهم عن الاتـصـال بالآخـرين Incommunicado detention. بما يقيد حريتهم بصورة كبيرة. فلا تكون أجواء التحقيق غير محض شرور يواجهها المشتبه فيهم ولا يستطيعون دفعها([2]).

ولا يتصور فى إطار هذه الأجواء التى تحيط بهم، والتى لا يألفونها، وتتسم من كافة جوانبها بمظاهر العداء، أن تصدر عنهم إرادة حرة. بل إن حملهم على الإقرار بالجريمة هو الأكثر احتمالا، خاصة وأن ما يتوخاه المحققون من إحاطتهم بتلك الأجواء الضاغطة، هو إخضاعهم لإرادتهم. وليس ذلك إلا قهراً معنويا، لا يقل في أثره شأنا، عما يكون من صور القهر ماديا.

كلاهما ينال من كرامتهم ويعطل إرادتهم، ليكون القهر والحمل على الإقرار بالجريمة، عنصرين كامنين فى أجواء الاحتجاز ومحيطها الخانق. وهو ما يتمحض حملا على الشهادة بما يدينهم، ويناقض الحق فى صون خواص حياتهم، والحق فى احترامهم وضمان تكامل شخصيتهم، وتحقيق التوازن من جهة بين الأفراد فى ضعفهم، وبين الدولة المتسلطة من جهة أخري والتي لا يجوز لها فى مجال تطبيقها لخصائص النظام الاتهامى للعدالة الجنائية، أن تحصل على دليل يربطهم بالجريمة التى تدعيها، ما لم يكن هذا الدليل ناجما عن جهدها المشروع، وليس متأتيا من أفواه أفراد حملوا على النطق بما لا يريدون.

خاصة وأن قهر إرادتهم يتم بوسائل تخفيها الشرطة، ولا تعلن عنها، لضمان سريتها. فلا يكون احتجازهم واستجوابهم إلا قرين الإكراه على الشهادة التى لا يريدون النطق بها، والتى يحملهم عليها -فضلا عن الأجواء البيئية التي تحيط بهم في أماكن الاحتجاز- تخوفهم

([1]) Ziang Sun Wan v. United States, 266 U.S. 1, 14 - 15 (1924).
([2]) Mc Nabb v. United States, 318 U.S. 332, 343 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 452 – 53 (1957).

من رجال الشرطة أنفسهم المتأهبين لاستعمال القوة عند الضرورة، فلا يكون أمام المستهدفين بالتحقيق، من خيار غير الإقرار بالجريمة.

ولا كذلك أن يكون محاموهم معهم، يبثون الاطمئنان فى نفوسهم، ويعينونهم على التخلص من خوفهم، فلا يقرون بغير ما يريدون.

المطلب الخامس

حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق

٨١٧- ويتعين بالتالى، وقبل بدء التحقيق، أن يخطرهم المحققون بلغة واضحة لا لبس فيها ولا التواء، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين. ذلك أن هذا التحذير يعتبر شرطا جوهريا لاحتواء مخاوفهم. ويشترط أن يقترن هذا التحذير -ومؤداه أن من حقهم أن يظلوا صامتين- بإفهامهم أن ما ينطقون به بعد توجيهه، قد يؤخذ ضدهم كدليل.

وهو ما ينبههم إلى عدد من الحقوق:

أولها: أن من حقهم الامتناع عن الشهادة التي لا يرغبون في الإدلاء بها.

ثانيها: أنهم إن اختاروا النطق بها، فإن عليهم تحمل نتائجها.

ثالثها: أن حقهم فى ألا يقروا بالجريمة، يخولهم رفض الإجابة على الأسئلة التى يوجهها إليهم رجال الشرطة أو غيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، فإذا أصر هؤلاء على توجيهها إليهم ولم يقطعوها إذا كانوا قد بدءوا فيها، فإن أية أقوال يدلون بها بعد تمسكهم بأن يظلوا صامتين، تعتبر واقعة فى إطار أوضاع الاحتجاز بقسوتها وضغوطها In custody- interrogation. ولا يجوز بالتالى التعويل عليها. إذ يفترض صدورها فى إطار إكراه لا تتحرر به الإرادة من عوامل التأثير فيهاConstrained choice. ذلك أن نزول الأشخاص عن حقهم فى ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم، لا يجوز أن يفترض، ولا أن ينتزع الدليل عليه، ولا أن يكون هذا الدليل متهافتا([1])، وإنما يتم التحقق من النزول عن الحقوق التى كفلها الدستور وفق شروط ضيقه لها من شدتها ما ينفى النزول عنها بغير دليل قطعى.

ولا يجوز بالتالى القول بنزول المشبوه عن الحق فى حضور محاميه، ما لم يكن قد عرض عليه محام للدفاع عن موقفه، ولكنه آثر مختارا، ومدركا، أن يرفض هذا العرض. وتعتبر طول مدة استجوابه، وانقطاع وسائل اتصاله بالآخرين في إطار احتجازه، دليلا قويا

([1]) Culombe v. connecticut, 367 U.S. 568 (1961) at 602.

على أنه لم ينزل عن الحق فى ألا يتكلم بغير حضور محاميه. وهو ما يتحقق كذلك إذا قام الدليل على أنه هدد أو خدع. لا فارق في ذلك بين بيان يعتبر اعترافا كاملا ومباشرا بالجريمة، وبين إقرار يتعلق بأحد عناصرها أو ببعض أجزائها. ذلك أن حظر الشهادة التي يدلى الشخص بها قهرا ليدان بسببها، يشمل كل صور تجريم الشخص لنفسه بغض النظر عن درجتها.

ولا فارق كذلك بين إقرار بالجريمة ينسبها المقر لنفسه In-culpatory Statement، وبين إقرار بها ينسبها إلى غيره([1]) Exculpatory Statement.

ذلك أن الإقرار الأخير كثيرا ما يتخذ دليلا على عدم صدق الأقوال التى أدلى بها، وأن إلقاءه التهمة علي غيره لا يتوخي غير نفي تورطه في جريمة هو مسئول عنها.

المطلب السادس
التحقيق فى مرحلة الاحتجاز

٨٠٧- وكلما احتجز شخص فى أحد مخافر الشرطة أو فى غير ذلك من الأماكن التى تتقيد فيها حريته الشخصية، فإن إقراره بالجريمة يتعين أن يؤخذ بقدر كبير من الحذر. ذلك أن كـــل تحقيق فى مرحلة الاحتجاز، يحرك النظام الاختصامى للعدالة الجنائية، فلا يكون نظاماً تنقيبيا على أى وجه أو فى أية صورة. فالإقرار بالجريمة فى مرحلة التحقيق وإن دل على أن المقـــر بالجريمة قد ارتكبها إذا كان إقراره إرادياً؛ إلا أن كل إقرار بالجريمة يتعين أن تعامله المحكمة بأكبر قدر من الصرامة. ذلك أنه وإن قيل بأن من المفترض ألا يقر الإنسان بارتكابه لجريمة ما لم يكن قد دخل فيها فعلاً حتى لا يعرض للخطر حريته أو مصالحه الجوهرية، إلا أن هـــذا الافتراض يسقط إذا كان الإقرار بالجريمة ثمرة إغواء أو نتاج تهديد صدر عن أحد القائمـــين بتنفيذ القانون، مستغلاً في ذلك آمال المشبوه فى الحرية، ومخاوفه من تقييدها. فلا تتهـــيأ بالأجـــواء التى يتم التحقيق فيها فى هاتين الحالتين، الظروف المواتية التى يمكن معها القول بأن المشبوه كان واعياً بحقيقة ما يفعل، ومدركاً دلالة إقراره بالجريمة([2]).

([1]) لـــم تتطور فى الولايات المتحدة الأمريكية القاعدة التى تمنع قبول اعتراف المكره فى المحكمة قبل القرن الثامن عشر. أما قبل ذلك فكانت المحاكم تقبل حتى الاعترافات الناجمة عن التعذيب

J. Wigmore, Atreatise on the anglo- american systeme of evidenceΣ B 23 (3d ed) 1940.

([2]) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ولا يعتبـــر ذلك تعطيلاً لدور رجال تنفيذ القانون فى مكافحة الجريمة، إذ يظل بوسعهم الحصـــول علـــى المعلومات اللازمة فى شأن الجريمة التى يحققونها إما من مسرح الجريمة ذاتهـــا، ومن الظروف التى تلابسها؛ وإما من أشخاص غير مقيدة حريتهم، معتمدين فى ذلك على مهارتهم وخبراتهم.

وعلـــى ضـــوء المفاهيم المتقدم بيانها، يبطل كل إقرار بالجريمة صدر بعد تأخير غير مبرر Unnecessary delay فى تقديم المشبوه لطابور العرض بعد القبض عليه([1]).

كـــذلك فـــإن التحقـــيق فـــى مرحلة احتجاز المشبوه وإن كان ضرورياً لتحديد ظروف الجريمة ومرتكبها، إلا أن استجواب المشبوه لا يجوز إذا تم فى ظروف تعطل إرادة الاختيار عـــنده، فـــلا يفاضـــل واعـــيا بين الإقرار بالجريمة وبين ألا يجرم نفسه بنفسه. وما الإقرار بالجـــريمة إلا حالة عقلية يتعين أن تصفو من كل تأثير، وإلا كان هذا الإقرار قرين الإكراه. وهـــو إكراه يفترض فى حق المشبوهين، ليس فقط من خلال تعذيبهم، وإنما كذلك عن طريق وســـائل تكتيكـــية تحقـــق كامل آثاره، كالاستجواب المتواصل من قبل رجال شرطة مدربين يواصلون أسئلتهم التى يوجهونها إلى المشبوه، بطريقة لا انقطاع فيها، وهو فى أيديهم يتخوف مـــن بطشـــهم بـــه إذا ظـــل صامتاً، فلا يكون إقراره بالجريمة غير النتيجة الحتمية لظروف الاحتجاز. ويتعين فى هذا الصدد أن يلاحظ ما يأتى:

<u>أولاً</u>: أن النصيحة التي يقدمها المحامي لموكله بأن، ألا يدلي ببيان أو يرد علي سؤال يتعلق بالقضية، قبل أن يتولى هو دراستها؛ لا يناقض حكم القانون. ذلك أن المحامين لا يتوخون غير تأمين مصالح موكليهم وفق علمهم، وبأقصى ما تأذن به قدراتهم([2]).

<u>ثانياً</u>: أن ما هو محظور علي رجال الشرطة أن يتخذوه قبل المقبوض عليه أثناء تقييد حريته، ليس فقط تلك الأسئلة الصريحة التي يوجهونها إليه في أجواء الاحتجاز التي تؤثر في

([1]) Upshow v. United States, 335 U.S. 410 (1948).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تحدد المدة التى يعتبر فيها هذا التأخير غير مبرر، إلا أن الكونجرس حدد أقصى هذه المدة بست ساعات بعد التحقيق.

([2]) ومن بين وسائل الاقناع هذه أن يوجه رجل الشرطة حديثه إلي المشتبه في قتله لفتاة بعد خطفها، والتي لم يعثـــر علـــي أثـــر لجثتها، أن حكم الدين يقتضي أن تدفن هذه الفتاة بطريقة ملائمة، وألا تظل جثتها في العـــراء نهـــبا للطيور الجارحة تنهشها. فإذا كان رجل الشرطة يعلم أن المتهم عميق التدين، وأنه تمسك بعـــدم الحـــديث فـــي غير حضور محاميه، فإن توجيه الحديث إليه علي النحو المتقدم لاستثارة مشاعره الدينـــية، يعتبـــر من وسائل الاقناع غير المسموح بها. فإذا أرشدهم المشتبه فيه بعد ذلك عن جثتها، فإن ذلك لا يعتبر دليلا ضده.

إرادته إلي حد كبير، وإنما كذلك وسائل الإقناع المختلفة التي يرمون بها إلي انتزاع الإقرار بالجريمة في محيط الاحتجاز الخانق Custodial Setting، ولو لم ترق إلي حد الأسئلة المباشرة، بشرط أن تكون وسائل الإقناع هذه، لها قدر من التأثير علي إرادة المقر بالجريمة، ولو تم هذا التأثير من خلال أقوال أو أفعال يدلي بها رجال الشرطة أو يباشرونها في مواجهة المشبوه، كلما كان ينبغي عليهم عقلا أن يدركوا قدر تأثيرها في إرادة المقر، وأيا كانت نواياهم بشأنها([1]).

ثالثاً: أن أجواء الاحتجاز التي تحيط الشرطة بها المعتقل لديها، والتي تتوافر بها عوامل الضغط التي تؤثر في إرادته، وتحمله علي أن يقر بجريمة ما كان ليشهد بارتكابها في ظروف مختلفة؛ لا يجوز خلطها بالأحوال التي يكون فيها المعتقل متواجدا مع آخر في مكان احتجازه، ويتبادلان حوارا وديا بينهما يقوم علي اطمئنانهما لبعض. ذلك أن تواجدهما معا بعيدا عن سطوة الشرطة وقسوتها، يبدد مخاوفهما. فإذا أقر أحدهما لثانيهما بالجريمة التي ارتكبها، فإن هذا الإقرار يجوز أن يؤخذ دليلا ضده، ولو لم يكن المقر يعلم أن من اطمأن إليه ووثق فيه، عميل للشرطة تخفي وراء شخصية أخري([2]).

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن المقر بالجريمة ما كان ليدلي بحديثه عنها إلي الشخص الآخر، لو كان يعلم حقيقة أمره. وإنما هي أعمال خداع Deception. وجهها عميل الشرطة بمهارة، متوخيا بها انتزاع هذا الإقرار Manipulation فلا يكون الإقرار بالجريمة غير نتاج هذا الإيقاع.

المطلب السابع

جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة

٨٠٨- علي أن القيود المتقدمة جميعها، لا يجوز تطبيقها بطريقة جامدة صماء. إذ لا محل لتطبيقها كلما دل الحال علي أن ظروفا ضاغطة تقتضي التحلل منها من أجل توقي مخاطر الإضرار بالسلامة العامة Public Safety.

ويفترض هذا الاستثناء، ضرورة التمييز بين نوعيتين من الأسئلة التي توجهها الشرطة إلي المقبوض عليهم من المشبوهين.

([1]) Rhode Island v.Innis, 446 U.S. 291 (1920).

([2]) Hoffa v.United States, 385 U.S. 293 (1966).

أولاهما: أسئلة غايتها إدانتهم بالجريمة Ascertaining the suspect's guilt. وهذه لا يجوز توجيهها إليهم إلا بعد تعريفهم بالحق في أن يظلوا صامتين؛ وأن الأقوال التي يدلون بها يجوز أن تؤخذ دليلا عليهم أمام القضاء؛ وأن من حقهم الحصول علي عون محام قبل أن يتكلموا.

ثانيتهما: أسئلة يجوز توجيهها إليهم دون تعريفهم بحقوقهم المشار إليها. وذلك كلما كان هدفها توقي مخاطر قد يلحقونها برجال الشرطة أو بآخرين Protecting Public's safety.

وهو ما يتحقق علي الأخص إذا هاجم نفر من المشبوهين، مكانا يتردد الناس عليه؛ ثم أخفوا الأسلحة التي استخدموها في تهديد المتواجدين فيه. ذلك أن مخاطر إطلاق نيرانها عليهم تظل قائمة إذا لم تعلم الشرطة بمكان إخفائها. فإذا سألتهم عن هذا المكان توقيا للمخاطر التي قد تنجم عن احتمال استعمال هذه الأسلحة من جديد ضد من يصادفونهم من العابرين، فإن تأمين سلامتهم تكون هي المصلحة التي تربو فائدتها علي مصلحة المقبوض عليهم في ألا يدلوا بأنفسهم بشهادة قد تدينهم([1]).

وقد انتقد بعض القضاة تقرير هذا الاستثناء، وقرروا أن الأقوال التي يدلي المشبوهون بها عن مكان إخفاء أسلحتهم، مساوية فى الأثر لأقوالهم التي يدلون بها في أجواء الاحتجاز، لأنها تدينهم فى الحالتين بالمخالفة للدستور. ويتعين أن يطبق فى شأنها حكم الدستور، وإبطالها بالتالى لانطوائها على حمل المشبوهين علي الإقرار بما لا يريدون([2]).

The privilege against self- incrimination.

المطلب الثامن

الحقوق التي لم يلفت نظر المشبوه إليها

٨٠٩- وينبغي أن يلاحظ كذلك أن كل تحذير للمشبوه بأن يظل صامتا، وأن الأقوال التي يدلي بها قد تؤخذ دليلا ضده أمام القضاء، وأن من حقه أن يحصل علي عون محام إن أراد، لا يتوخي غير تبديد مظنة قهره علي الشهادة التي قد يدان بسببها. فإن لم يتم تحذيره علي النحو المتقدم، قام افتراض القهر علي أداء هذه الشهادة، وبطل بالتالي كل دليل يكون من ثمارها The fruits.

([1]) New York v.Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

([2]) انظر في الرأي المخالف لقضاء المحكمة في القضية المشار إليها، آراء كل القضاة مارشال وستيفنس، وبرينان.

ولكن الأمر جد مختلف إذا أغفل رجال الشرطة ابتداء تحذيره علي النحو المتقدم، ثم عادوا إلي تنبيهه إلي الحقوق التي يملكها وفقا للدستور. ذلك أنه بينما يبطل كل دليل تأتي من الأقوال التي أدلي بها قبل تحذيره، فإن تنبيهه من جديد إلي حقوقه الدستورية، يخوله أن يقر بالجريمة أو ألا يقر بها دون ما ضغط أو إكراه من القائمين بالتحقيق. فإذا اختار أن يقر بالجريمة فى غير حضور محاميه، تعين أن يكون هذا الإقرار إداريا وقاطعاً فى دلالته، ومنطويا كذلك علي اختياره إسقاط حقه في الحصول علي مشورة محام يعينه على أمره، ويوجهه إلى الطريق الأفضل لدعم موقفه([1]).

المطلب التاسع
آثار التحصل غير المشروع على الدليل

٨١٠- وكلما تم التحصل علي دليل بطريق غير مشروع، فإن هذا الدليل لا يجوز استخدامه ضد المتهم، ولو أدلي الشهود الذين أتي بهم بشهادة مزورة Perjury statement. ذلك أن تزوير هذه الشهادة، لا يسوغ اعتماد النيابة العامة علي دليل كان أصلا باطلا. فضلا عن أن اعتمادها علي الدليل الباطل لمجرد أن شهود الدفاع كلهم أو بعضهم، كانوا مزورين، مؤداه تخويفهم من الشهادة وحملهم علي العدول عنها لاحتمال تعارضها -ولو في بعض جزئياتها- مع الدليل الباطل. وقد يتردد شهود الدفاع -ولمجرد تخوفهم من أن تتخذ الشهادة التي يدلون بها، موطئا لتجريمهم، ولو كان هدفهم مجرد إظهار الحقيقة- في المثول أمام هيئة المحلفين، وتقديم الأدلة النافية لجريمة المتهم. فلا تبدو الحقيقة كاملة أو واضحة أمام هذه الهيئة.

كذلك فإن اعتماد الدليل الباطل إذا أدلي شهود الدفاع بشهادة مزورة، مؤداه أن تبذل النيابة جهدها، لإيقاعهم من خلال أسئلتها المتلاحقة أو المعقدة، التي قد يجيبون عنها زورا بناء علي سوء فهمهم لها أو خطئهم في تقدير عواقبها.

وأخيرا فإن الشهادة الزور لا تخول أحداً مقابلتها بالدليل الباطل لإظهار نواحي اختلافها مع هذا الدليل. لأن في ذلك إعمالا لأثره بالمخالفة للدستور.

وإذا قيل بأن المحاكمة الجنائية لا تتم علي الوجه الأكمل إلا إذا أحاطها ضوء الحقيقة، إلا أن الحقيقة التي يعتد بها في هذا المقام، هي الحقيقة القانونية التي تحدد الأدلة التي يجوز

([1]) Oregon v.Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

قبولــها، وتلك التي يجب قمعها The suppression of evidence لمخالفة طريقة جمعها للدستور([1]).

([1]) James v.Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

الفصل السابع
المحاكمة الجنائية المنصفة

المبحث الأول
التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة

٨١١- تعمل السلطة جاهدة علي إيقاع المذنبين في يد العدالة، وهي تتخذ قبل محاكمتهم تدابير مختلفة تتغيا بها معرفتهم، كالوسائل العلمية المنهجية التي تطبقها للعثور علي بصماتهم وتحليل دمائهم وفحص ما تركوه في مسرح الجريمة من آثار كأداة القتل، وما نطقوا به أثناء ارتكابها، وطريقة تصرفهم التي شوهدوا عليها، وملامح وجوههم ولو أخفوها وراء قناع. وهي تعتبر هذه التدابير جميعها -وأغلبها من طبيعة علمية- مجرد مراحل تحضيرية غايتها القبض علي الجناة الفارين، ولو غيروا من مظهرهم لتضليل العدالة حتى لا تجد طريقها إليهم.

وليس أمام القائمين علي تنفيذ القانون بالتالي غير رصد المشبوهين وتعقبهم للقبض عليهم. ويفترض ذلك تحديد شخصياتهم، من خلال تدابير علمية يتخذونها، كتحليل دمائهم في مسرح الجريمة وأدواتهم التي ارتكبوها بها، وحصر بصماتهم ورفعها وضبط أقنعتهم التي خلفوها، وأجزاء ملابسهم التي انتزعتها أظافر ضحيتهم، وبعض ملابسهم التي أخفوها.

وهذه الوسائل العلمية تسهل دائما مناقشتها ودحض كل دليل تأتي منها. ذلك أن التقنية العلمية معروفة أدواتها، ومعلوماتها متاحة بصورة كافية لعدد غير قليل من المعنيين بها. والمغايرة في مناهجها محدودة، وللمحامين مواجهتها بصورة جادة بعد توجيه الاتهام. ولا يحتاجون بالتالي إلي المثول مع موكليهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تتم فيها هذه التحاليل العلمية. ذلك أنهم يستطيعون التدليل علي عكسها أمام المحكمة من خلال خبراء يستقدمونهم، ويعرضون عليهم هذه التحاليل، ويطلبون منهم إبداء رأيهم فيها. فإذا أثار هؤلاء شكوكا خطيرة حول صحتها، لم يجز الاعتماد علي نتيجتها.

ولا كذلك المرحلة الحرجة السابقة علي المحاكمة والتي تقوم علي رص المشبوهين الذين يعتقد بإسهامهم في الجريمة -في طابور عرض Identification Parade. مع آخرين لا شأن لهم بالجريمة المدعي ارتكابها حتى إذا ابصر شهود عيانها أفراد هذا الطابور Lineup، وكان من بينهم من رأوه علي مسرحها، عرفوه إما لكلمة نطق بها، أو لطريقة مشي اختص بها، أو لملامح قاسية ظهر بها علي مسرح الجريمة([1]).

([1]) أنظر فى ذلك:
Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

وتبدو خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور العرض، أن ضحية الجريمة -وعلي الأخص في جرائم العرض- قد يكون هو شاهدها الوحيد، فيحدد مندفعا وبصورة خاطئة، وعلي ضوء ثورة غضبه، أو لتهور يتسم به، شخصا معينا باعتباره مرتكبها.

وقد دل الإحصاء علي أن تحديد شخصية المذنبين من خلال طابور العرض المتقدم، كان دائما عملا محفوفا بالمخاطر، وكثيرا ما أساء إلي العدالة ذاتها من خلال إدانة أبرياء أقحموا ظلما في الجريمة نتيجة خطأ في الشهادة عليهم، خاصة وأن شهود العيان يختلفون فيما بينهم في حدة البصر، وعمق القيم الخلقية، وقوة الذاكرة أو وهنها، ودقة ملاحظاتهم أو عشوائيتها. وقد يتوهمون أشياء لا وجود لها، وإنما صورها لهم الخيال. وقد يجزمون بوقوع الجريمة، وبرؤيتهم لمرتكبيها ليلاً وهم كاذبون. وقد ينسبونها تحاملاً إلى من يبغضون.

كذلك فإن طريقة إعداد رجال الشرطة لطابور العرض، قد يكون لها أثر في توجيه شهود العيان، خاصة إذا أعقبتها ملاحظة أو كلمة أو إشارة موحية. فلا يختار شهود هذا العرض غير الشخص الموحي إليهم به -ولو كان بريئا- ليساق إلي المحكمة بعدئذ بوصفه متهما، وعلي الأخص إذا أشار إليه شهود العيان في مرحلة المحاكمة ذاتها، وقرروا أنه كان فاعلاً لا شريكاً فى الجريمة.

وتدل التجربة علي أن هؤلاء الشهود قلما يتراجعون عن رأيهم، ولو أدركوا خطأه في قرارة أنفسهم. وكلما أعد طابور العرض في غير حضور محام يمثل المشتبه فيه، فإن طريقة إعداده تكون سرا مغلقا. ويتعذر علي المحامين بالتالي -في إطار هذه الأوضاع- أن يقفوا علي الكيفية التي تم بها اختيار المعروضين، ولا على طريقة صفهم، ولا أن يعيدوا بناء طابور العرض بالصورة التي تم بها.

وقد يواجه شهود العيان المشتبه فيه وحده، وليس من خلال طابور عرض يختلط فيه مع آخرين. ومخاطر الإيحاء واحدة في الحالتين.

وفي كثير من الأحوال لا يقدر الشهود ، مخاطر تعرفهم علي الجناة، ولا يفطنون إلي الحيل التي توحي لهم بأشخاصهم. والمشبوهون أنفسهم لا يدركونها، ولا يبصرون وسائلها؛ ولم يدربوا علي فهمها وقدر تأثيرها علي هؤلاء الشهود([1]) Suggestive Influences.

([1]) Neil V. Biggers, 409 U.S., 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 107 – 14 (1977).

٨١٢- كذلك فإن احتجاجهم أثناء المحاكمة علي الطريقة التي تم بها إعداد طابور العرض، أو مواجهتهم منفردين بشهود العيان، غالبا ما يكون عديم الفائدة.

ذلك أن المحلفين يقابلون بين كلمتهم وكلمة رجال الشرطة الذين تفترض حيدتهم فيما أجروه.

ومن ثم يتحدد مصير المشبوهين بعد اتهامهم -لا من خلال المحاكمة ذاتها- وإنما عن طريق المواجهة السابقة عليها بينهم وبين شهود العيان Pretrial Confrontation ؛ وبينهم وبين الدولة بأجهزتها الشرطية؛ وبينهم وبين المحلفين بعد أن حكم عليهم هؤلاء الشهود بأنهم الجناة، ولو كان الشهود حسني النية، وكانت الشرطة لم تعقد الأمور بحيلها الموحية.

ذلك أن مصير المتهمين بالجريمة قد تحدد سلفا في المرحلة الحرجة السابقة علي اتهامهم Past indictment lineup، والتي افتقدوا فيها عون محاميهم، شأن احتياجهم لهذا العون في هذه المرحلة الحرجة Critical stage شأن احتياجهم لمحاميهم أثناء المحاكمة.

بل إن حاجتهم إليهم في المرحلة الحرجة السابقة علي محاكمتهم Out- of- Court lineups قد تكون أشد، لأنها تحمل في ثناياها عناصر إدانتهم بالجريمة([1]).

ويتعين أن يكون مفهومها أن المرحلة الحرجة التى يتعين حضور محام فيها، هى التى يجوز عقلاً اعتبارها جزءاً من المحاكمة ذاتها. ذلك أن عون المحامى إذا لم يقدم فى هذه المرحلة، فإن جهده فى تعزيز مركز موكله سيكون بالضرورة أقل من أن يكون كافيا([2]).

ويتعين بالتالي أن يعمل المحامون في تلك المرحلة مع موكليهم، وأن يخطروا سلفا بعزم الشرطة علي صفهم مع آخرين في طابور العرض، ليكون حضور هؤلاء المحامين معهم شرطا لعرضهم علي شهود الجريمة، إلا إذا أسقط المشبوهون حقهم في ذلك بإرادتهم الحرة. ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين يعرقل مواجهة المشبوهين بشهود العيان.

ذلك أن هذا الحضور ظل مطلوبا في المحاكمة الجنائية ذاتها دون أن يرمي المحامون بتعطيل إجراءاتها. ومن غير المتصور أن يكون حضور المتهمين مع موكليهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي يواجهون فيها شهود الجريمة، معطلا تنفيذ القانون. ذلك أن وجودهم ينقيها من شوائبها ويكفل حصول النيابة العامة علي أدلة للجريمة لم تتسرب إليها نقائص تفسدها،

([1]) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. Colifornia, 388 U.S. 263 (1967).

([2]) United States v. Ash, 314 U.S. 300 (1973).

ولا يعطل كذلك تقديم الجناة الحقيقيين إلي العدالة. وإنما يكون حضور المحامين مع المشبوهين فى طابور العرض Show- ups الضمانة التي تكفل اتهام المذنبين وفق الدستور والقانون.

وتظهر خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور واحد يضمهم، ودعوة شهود الجريمة لتحديد من يكون من بينهم مرتكبا لها، في أن تشخيصهم علي هذا النحو، يتوخي ربطهم بالجريمة أثناء محاكمتهم عنها بوصفهم مسئولين عن ارتكابها.

فإذا لم يكن لديهم محام أثناء عرضهم في هذا الطابور، فإن انتقاده للطريقة التي تم بها -وهو لا يعرفها- يكون غير مؤيد بدليل.

ويتعين بالتالي أن يكون حضور المحامين مع موكليهم شرطا دستوريا لجواز العرض حتى يقفوا علي أسلوبه، وعلى مظاهر تأثير الشرطة علي شهود الجريمة، ما كان منها مقصودا أو غير مقصود؛ وإلا اختل التوازن بين سلطة الاتهام في مجال اعتمادها -أثناء المحاكمة- علي نتيجة طابور العرض، وبين المحامين في مجال نفي صحتها بعد أن حيل بينهم وبين حضوره، والنظر في كيفيته، ومظاهر التأثير فيه.

ويتوخي تحقيق هذا التوازن، أن يكون تشخيص شهود الجريمة لمرتكبيها موضوعيا، وأن يكون تعرفهم عليهم أثناء المحاكمة قائما علي مصدر مستقل An independent origin عن شهادتهم في طابور العرض إذا كان معيبا. ويدخل في تقدير ذلك مجموعة من العوامل أهمها ما إذا كان الشاهد قد توافرت لديه فعلا، فرصة البصر بالجاني وقت الجريمة، ودرجة انتباه الشاهد وقت رؤيته للجاني، ومدي دقته في وصفه لملامحه؛ وقدر تيقنه من الجاني وقت تعرفه عليه في الطابور؛ والفترة الزمنية المنقضية بين وقوع الجريمة، ومواجهة الشاهد للجاني؛ ووجه التناقض بين أقوال الشهود الذين تعرفوا عليه؛ والصورة التي أعطاها المتهم لما تم فيه؛ وما إذا كان شخص آخر قد شهد الجريمة وشخص جناتها قبل عرضهم عليه؛ وما إذا كان تحديد هؤلاء الجناة قبل صفهم في طابور العرض، قد تم بعد عرض صورهم علي شهود الجريمة؛ وما إذا كان هؤلاء الشهود قد أخفقوا في هذا التحديد في مرحلة سابقة([1]).

ولا يجوز أن تأخذ المحكمة بأحد هذه العوامل أو بعضها دون البعض الآخر. ذلك أن دلالتها لا تتحدد إلا على ضوء مجموع الظروف التى تحيطها. فإذا قام الدليل على أن الظروف التى أحاطت بالتعرف على المشبوه لها من واقعها ما يرجح تدبيرها أو تطرق الخلل

([1]) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968); Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969); Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

إليها بصورة جوهرية A Substantial likelihood of misidentification، تعين عدم الاعتماد عليها([1]) وعلى الأخص ما كان من هذه العوامل قائما على صور من الإيحاء بعثتها الشرطة في الشهود، ووجهتهم بها وجهة بذاتها تقنعهم بأن شخصا معينا هو من أتى الجريمة. ذلك أن حضور المحامين مع موكليهم لم يعد مقصوراً على تقديم العون لهم في مسائل القانون وحدها خاصة بعد تطور وسائل التحقيق ووجود الشرطة المنظمة التي تعذر معها الفصل بين ما يعتبر واقعاً وما يدخل في مسائل القانون([2]).

٨١٣- وصار لازماً بالتالي أن نقرر أن تعيين شهود الجريمة للجناة الذين صفتهم الشرطة مع غيرهم في طابور عرض، يعتبر عملا مخالفا للدستور وباطلاً، كلما تم عرض المشبوهين في هذا الطابور في غير حضور محاميهم.

وإذ يحدد شهود الجريمة من قارفوها علي النحو المتقدم، فإن تعيينهم لمرتكبيها يكون ثمرة إجراء باطل. ويلحق هذا البطلان كذلك تعرفهم عليهم في قاعة المحاكمة، كلما قام الدليل علي أن شهادتهم الجديدة، تبلور نتيجة العرض الباطل. وهي بعد قاعدة ينطبق حكمها ليس فقــط علي كل طابور لا يكون المشبوهون المعروضون فيه غير ممثلين بمحام عنهم، وإنما كذلك في كل مواجهة فردية بين المشتبه فيه في غير حضور محاميه؛ وبين شاهد عيان الجريمة.

A face to face encounter between the witness and the suspect.

٨١٤- علي أن الأوضاع الملحة التي يجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، قد تقتضيهم أحيانا عرض المشتبه فيه -وقبل حضور محاميه- علي من شاهد الجريمة. فلو أن شخصا طعن سيده طعنة نافذة في صدرها مما اضطرها إلي إجراء عملية خطيرة أقعدتها في المستشفي، وكان رجال الشرطة في صراعهم مع عامل الوقت، وتحسبا لوفاة المجني عليها قبل عرضها علي المشتبه فيه، قد اصطحبوه إليها في مكان علاجها، وحصلوا منها علي ما يفيد أن من عرضوه عليها هو من طعنها. ثم شهد رجل الشرطة والمجني عليها بذلك أمام المحكمة، فإن تعرفها علي المشتبه فيه، يكون موافقا للدستور بالنظر إلي الأوضاع الملحة التي

([1]) Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972).

([2]) ولا يكفــي بالتالي أن يقف المتهم مع محاميه في مرحلة المحاكمة، بل يتعين أن يتم ذلك في أية مرحلة مــن الاتهــام رســميا أو غيــر رسمي، داخل المحكمة أو خارجها كلما كان غياب المحامي مؤديا إلى الاضرار بحق المتهم في محاكمة منصفة. ولا تعتبر المحاكمة كذلك إذا أضير المشبوه في مرحلة ما قبل المحاكمــة التــي تؤثر في مصيره بدرجة خطيرة أو تجعل من المحاكمة ذاتها مجرد شكل بلا مضمون Mere formality.

United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967) at 226.

وجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، خاصة وأن المجني عليها كانت هي الشخص الوحيد الذي أبصر الجاني، ولأنه ما كان بوسعها أن تعاين الجاني في مكان احتجازه بالشرطة، وذلك بالنظر إلي خطورة إصابتها التي قد تلقي حتفها بسببها، فلا تصل الشرطة قط إلي الجاني إذا لم تسمع فوراً أقوالها في المستشفي([1]).

([1]) Stovall v.Denno, 388 U.S. 293 (1967).

المبحث الثاني
الإفراج قبل المحاكمة
Pretrial Release

٨١٥- عادة ما يوفر النظام القضائي في الدولة للأشخاص الذين قبض عليهم وينتظرون صدور قرار الاتهام في شأن جرائمهم، فرصة الإفراج عنهم بوسائل مختلفة يندرج تحتها إطلاق الشرطة لسراحهم فورا إذا كانت الجريمة التي ارتكبوها تافهة. فإذا كانت جريمتهم من الجرائم الخطرة؛ وكان قرار الاتهام قد صدر؛ فإن الإفراج عنهم يكون بكفالة يقدمونها لإطلاق سراحهم حتى الفصل نهائيا في قضيتهم. بيد أن هذا الإفراج لا يجوز كلما كان تدبيراً وقائيا Preventive detention خوفا من احتمال عبثهم بأدلة الجريمة، أو التأثير في شهودها، أو بالنظر إلي خطورتهم التي يرجح معها احتمال ارتكابهم لجرائم جديدة إذا ما أطلق سراحهم، بما يهدد أمن مجتمعهم، أو يلحق مضار جسيمة بأشخاص بذواتهم يعمد هؤلاء المجرمون إلي تصفية حساباتهم معهم لضغائن قديمة، أو لوشايتهم بهم أو انقلابا عليهم.

ويظل الحق في الإفراج عنهم قبل المحاكمة-حال انتفاء مخاطره- مشروطا أصلا بإمكان تقديمهم تأمينا يكفل ظهورهم أمام المحكمة إذا طلبتهم، وتنفيذ العقوبة المحكوم عليهم بها إذا أدينوا بالجريمة([1]). ويعتبر هذا التأمين -مع جواز مصادرته حال الإخلال بشروطه- ضمانا إضافيا لحضورهم. وكلما جاوز مقدار هذا التأمين الحدود المنطقية التي تكفل الوفاء بمثولهم أمام المحكمة التى تستدعيهم وتنفيذ العقوبة التى تحكم بها عليهم، فإن مبلغها لا يكون معقولا متوخيا تعجيز المتهم عن دفعها، ومخالفا للدستور بالتالي Excessive bail. وعلي المحكمة أو النيابة العامة بالتالي، أن تحدد مبلغها منظورا في ذلك إلي كل حالة علي حدة([2]).

٨١٦- وعادة تحيط السلطة التشريعية الإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم بشروط ضيقة بالنظر إلي تصاعد عدد الجرائم التي يرتكبونها بعد إطلاق سراحهم، وحتى لا تفرج المحكمة أو النيابة عنهم إذا كانوا يمثلون خطرا حقيقيا علي آخرين، فيما إذا قبلت كفالتهم.

وعلي ضوء هذه الشروط لا يجوز أن تقرر النيابة أو المحكمة حبس متهمين حبسا احتياطيا أو وقائيا، إلا بعد سماع أقوالهم. فإذا ظهر لها بعدئذ رجحان فرارهم من قبضتها فيما

([1]) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 4 (1951).

وفي هذه القضية، تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، إن الحق التقليدي في الحرية قبل الإدانة، يكفل الحق في الدفاع غير المعاق، وحظر توقيع عقوبة قبل الإدانة. وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة قبل الإدانة، فإن افتراض البراءة الذي تحصلنا عليه بعد قرون من النضال، يفقد معناه.

([2]) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988) at 754.

لو أفرج عنهم، أو أن خطرا داهما قد يلحق آخرين من جراء ولوغهم في الإجرام بعد إطلاق سراحهم، فإن حبسهم احتياطيا يكون ضرورة لا مفر منها.

ولكل من هؤلاء بالتالي الحق في طلب محام يكون إلي جانبهم أثناء النظر في طلبهم الإفراج عنهم، وأن يأتي بشهوده، وأن يقدم ما يراه من الأدلة التي يعزز بها موقفه، وأن يواجه شهود النيابة ويجرحهم.

ولا يجوز للنيابة أو للمحكمة أن ترفض طلبهم الإفراج عنهم، سواء بالنظر إلي خطورتهم أو لرجحان هروبهم، إلا بعد أن تدون ذلك في قرارها أو حكمها مؤيدا بأدلة واضحة ومقنعة. ولا يجوز كذلك النظر إلي سلطة الحبس الاحتياطي باعتبارها سلطة مطلقة، إذ هي مقيدة بأغراضها، وبالضرورة التي توجهها، وأهمها طبيعة ودرجة خطورة الجريمة التي ارتكبها الجناة، وخلفيتهم، وخصائص تكوينهم، وماضيهم في الجريمة، ونزوعهم إليها، وقدر الإصرار علي الولوغ فيها. وعلي ضوء هذه العوامل تقرر النيابة أو المحكمة الإفراج عنهم، أو بقاءهم محبوسين احتياطيا.

وبمراعاة أن حق المتهمين فى الحرية قبل إدانتهم، مؤداه استصحابهم الأصل فيهم، وهو افتراض براءتهم([1]).

فإذا كان قرارها باستمرار حبسهم، تعين أن يكون طريق الطعن فيه استئنافيا مفتوحا. فذلك وحده ضمان موازنة الحرية بمصلحة الجماعة. ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن حرمان الناس من حريتهم لا يجوز أن يتم علي ضوء احتمال ارتكابهم مستقبلا لجريمة أيا كان نوعها؛ وأن مصائر الناس لا تحددها غير أفعالهم التي قارفوها بالمخالفة للقوانين الجزائية؛ إلا أن هذه القاعدة لا تصدق بالنسبة إلي شروط الإفراج عن المتهمين التي يضعها المشرع، والتي يحدد علي ضوئها في صورة منطقية، قواعد الإفراج عن المحتجزين في السجون.

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة يكفل حماية الأشخاص في حرياتهم وأموالهم في مواجهة خطرين يتأتيان من السلطة وعمالها:

أحدهما من طبيعة موضوعية Substansive due process تمنعها من التدخل في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم علي نحو يصادم الضمير العام، أو يخل بالحقوق المندرجة ضمنا في إطار الحرية المنظمة.

([1]) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951)

وثانيتهما من طبيعة إجرائية لا يجوز بحثها قبل التحقق من توافر العناصر الموضوعية لشرط الوسائل القانونية السلمية.

بما مؤداه أن الوسائل القانونية التي تتوافر لها ضوابطها الموضوعية، تظل بحاجة إلي متطلباتها الإجرائية Procedural due process كشرط لسلامتها. ذلك أن تدخل السلطة في حياة الأشخاص أو في حرياتهم أو في أموالهم، لا يكون معقولاً ما لم يتم بطريقة منصفة In a fair manner. وغير صحيح ما يقال من أن الشروط الضيقة للإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم، تناقض الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية بالنظر إلي انطوائها علي عقوبة تفرض عليهم قبل إدانتهم.

ذلك أن قواعد هذا الإفراج من طبيعة تنظيمية وليس مضمونها عقابيا. فضلاً عن أن مجرد احتجاز بعض المتهمين في حبسهم، لا يدل بالضرورة علي قصد عقابهم. وإنما تتحدد الطبيعة التنظيمية أو العقابية لشروط الإفراج علي ضوء ما عناه المشرع بها وتوخاه منها. فكلما قام الدليل علي أن غرض المشرع من تنظيم معين، ليس عقابيا، وأن هذا التنظم يتوخي أغراضا مختلفة، فإن هذه الأغراض وحدها هي التي يتعين التقيد بها كي ننظر بعدئذ فيما إذا كان للقواعد التي يقوم عليها هذا التنظيم، صلة منطقية بالأغراض التي استهدفتها، أم أنها دخيلة عليها ولا تكفل تحقيق أهدافها([1]).

٨١٧- والبين من استقراء النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع الإفراج عن المتهمين، أنها لا تتمحض عقابا للخطرين منهم. وإنما توخي المشرع درء المخاطر التي قد تنجم عن إطلاق سراحهم. وتلك مصلحة اجتماعية ملحة لا نزاع فيها.

والأصل كذلك ألا يصدر القرار بحبسهم احتياطيا إلا فى الجرائم الخطيرة كجرائم الاتجار فى المواد المخدرة أو الخطرة والجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد- وبعد سماع أقوالهم، وألا يزج بهؤلاء المحبوسين مع الأشقياء المارقين، وإنما يعزلون عنهم في أماكن مستقلة قدر الإمكان.

([1]) أخذ الحق فى الكفالة للإفراج عن المتهم، من وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا يعنى هذا الحق وجوب الافراج بكفالة فى جميع الصور، ولكن فقط الحق فى عدم المغالاة فى الكفالة فى الأحوال التى يكون من الملائم منحها.

Carlson v. Landon, 342 U.S. 524 (1952).

٨١٨- ويتعين فى كل حال أن تكون مدة الحبس الاحتياطى محدودة، فلا يستطيل زمنها إلى حدود غير منطقية. ولا يتقرر الحبس الاحتياطي - ولو كان تشريعيا" واقعا" في حدود معقولة - بغير رقابة قضائية.

٨١٩- ولا يجوز كذلك أن يقال بأن رفض الإفراج عن المتهمين هو إخلال بشرط الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية بما يقوم عليه هذا الشرط من عدم جواز تدخل السلطة في حرية الأشخاص وحبسهم احتياطيا قبل أن يصدر حكم بإدانتهم عن الجريمة التي اتهموا بها. ذلك أن السلطة بوسعها في بعض الأوضاع، أن تقيد من حرية الأشخاص قبل محاكمتهم وإدانتهم، أو حتى بدون محاكمة.

ولا شبهه في أن للدولة مصلحة محققة -مشروعة وقاهرة- في مكافحة الجريمة سواء كان المقبوض من البالغين أو القصر، خاصة إذا كان هؤلاء قد ارتكبوا جرائم بالغة الخطورة، وكان راجحا إقدامهم علي جرائم مثلها ضد مجتمعهم بعد الإفراج عنهم. ويتعين بالتالي لجواز الحبس الاحتياطي، أن تقدم سلطة الاتهام سببا معقولا للتدليل علي أن المتهمين قد ارتكبوا الجريمة التي نسبتها إليهم، وأن يتم سماع أقوالهم في إطار نظم اختصامية بمعني الكلمة، وأن تعمل النيابة فوق هذا علي إقناع الجهة القضائية المحايدة، بأن الإفراج عنهم يمثل خطرا علي أمن الجماعة أو سلامة آخرين.

وتلك مصلحة تربو علي مصلحة الفرد في الحرية، وتقتضي من الدولة أن تبذل جهدها -ومن أجل مكافحة الجريمة- حتى تجرد من ينزعون إليها أو يقدمون عليها من أسلحتهم التي يهددون آخرين بها. ذلك أن مصلحة الجماعة في ضمان أمنها، تقتضيها فرض الاستقرار في إقليمها، ليس فقط في زمن التوتر والعصيان وإبان الأعمال الحربية، بل كذلك فيما وراءها إذا تطلبتها ضرورة مواجهة الخطرين الذين يعبثون بمصالحها.

وفي إطار هذه الظروف، لا يكون الاحتجاز السابق علي المحاكمة، منافيا أصلا قيم العدل الغائرة جذورها في ضمير الجماعة، والتي لا يجوز التفريط فيها.

وليس احتمال نزوع المتهمين الخطرين إلي الجريمة مرة ثانية وانغماسهم فيها إذا ما أفرج عنهم، تنبؤا مستحيلا. كذلك انخراطهم مستقبلا فيها ينبغى أن يكون احتمالاً راجحا، وألا يتقرر بالتالى من فراغ، وإنما علي ضوء نظرة موضوعية تحققها الجهة القضائية المحايدة التي تفصل في أمر إبقاء المتهم محبوسا أو إطلاق سراحه. وتتحقق هذه النظرة المحايدة- وعلى الأخص- كلما كان للمتهمين المحبوسين حق كامل في سماع أقوالهم، والشهادة بأنفسهم، وتقديم بيانات وأدلة لصالحهم، ومواجهة الشهود المناوئين لهم في مرحلة سماع أقوالهم هذه.

وتفصل الجهة القضائية المحايدة في كل ذلك علي ضوء وزنها لطبيعة وخصائص الاتهام، والأوضاع التي تحيط بالجريمة وظروفها، والأدلة عليها، وسجل المتهم وقدر ميله إلى الإجرام، وما يمثله من خطر علي الجماعة أو بعض أفرادها. وعلي هذه الجهة أن تأخذ ذلك كله في اعتبارها، وأن تقيم قرارها علي عناصر واقعية لها معينها من الأوراق، وأن تؤيد قرارها باستمرار حبس المتهم بالأدلة المنطقية التي تؤازره، وذلك كتابة.

٨٢٠- ولئن صح القول بأن الكفالة المغالي فيها تناقض الدستور، إلا أن ما يقرره الدستور المشرع من حدود منطقية لهذا التأمين، لا يتصل بضرورة الإفراج عن المتهمين الخطرين. وإنما يقتصر حكم الدستور علي أمر الجهة القضائية المحايدة بألا تفرض هذا التأمين -إذا ما خلص قرارها إلي ملاءمة اقتضائه- بصورة مبالغ فيها. وليس في ذلك ما يلزمها بالإفراج عن المتهمين المقبوض عليهم جميعهم، في كافة ظروفهم، وعلي تباين أوضاع الجرائم التي ارتكبوها، سواء في طبيعتها، أو قدر خطورتها، أو استفحال آثارها، أو تداعي نتائجها([1]).

٨٢١- ويتعين بالتالي ألا تتفلت مدة الحبس الاحتياطي بغير ضابط، وإلا كان للمحبوسين حق اللجوء إلي المحكمة لتفصل علي وجه السرعة في أمر حبسهم، ولتقرر الإفراج فورا عنهم إذا كان احتجازهم مخالفا للدستور أو القانون، وإلا جاز الطعن على قرارها أمام المحكمة الأعلى.

وتناهض المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، مدد الحبس الاحتياطي التي يستطيل زمنها علي نحو يتسم بالمغالاة Excessive length of pre-trial detention، وتراها مخالفة لنص الفقرة/٣ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية هذه الحقوق.

وتقرر هذه المحكمة كذلك أن مشروعية الاحتجاز إنما تتحدد علي ضوء حقيقة الأوضاع التي تتصل به، والتي لا يندرج تحتها الطبيعة السياسية للجريمة؛ ولا درجة تعقد الفصل في ثبوتها أو انتفائها؛ ولا الطريقة التي سلكها المحامون في التعبير عن ضيقهم بالمحكمة، وانتقاد إجراءاتها غير القانونية؛ ولا بخروجهم من قاعة جلساتها أكثر من مرة احتجاجاً على بعض تصرفاتها؛ ولا في رفض المتهمين التعاون معها. وإنما يجب الفصل في أمر الإفراج عن المتهم علي ضوء كافة العوامل التي تحدد في مجموعها ما إذا كان خطر هربه بعد الإفراج، حقيقيا أو تافها.

([1]) United States v.Salerno, 481 U.S. 739 (1988); Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

ويتعين كذلك علي السلطة الوطنية أن تعطي لمرحلة ما قبل المحاكمة أهميتها، وأن تزن حساباتها في شأن الإفراج عن المحتجزين لديها علي ضوء الصلة الجوهرية التي تربط تقييد حريتهم، بمصلحة عامة لها وزنها؛ آخذة في اعتبارها أن الأصل في هؤلاء المحتجزين، هو افتراض براءتهم، وأن الحرية الفردية لا يصونها غير القيود المنطقية التي تحيط بها، وأن قرارها برفض الإفراج عن المحتجزين لديها، ينبغي دوما أن يكون قابلا للطعن فيه، لتقرر محكمة الطعن ما إذا كان قرار الإفراج موافقا أو مخالفا للفقرة/٣ من المادة/٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان([1]).

([1]) Judgment of 8 June 1995- no.6/1994/453/533-534* -Yağci and Sargin v.Turkey.

وقد نشر هذا الحكم في ص ٢٨٦ وما بعدها من العدد ١٦ رقم ٧-٩ من مجلة القانون لحقوق الانسان

. Human Rights Law Journal.

المبحث الثالث
قرار الاتهام

٨٢٢- يعتبر قرار النيابة بتوجيه الاتهام إلى شخص معين بارتكابه للجريمة التي حددتها، تعبيرا عن السلطة التقديرية التي تملكها، والتي تحدد علي ضوئها من تتهمه بالجريمة. وهي سلطة تباشرها آخذة في اعتبارها ما إذا كانت الأدلة المتوافرة لديها، كافية لحمل قرار الاتهام، ولتوجيه النيابة لمواردها المالية والفنية والعلمية توصلا لإدانة متهمها.

كذلك فإن قرار الاتهام مؤداه، انتفاء أسس أخري لعدم تقديم المتهم للمحاكمة. ومن ثم يرتكز قرار النيابة بتوجيه الاتهام أو عدم توجيهه علي سلطتها التقديرية العريضة. وهي في ذلك تنفذ السياسة التي ترتئيها كافلة تحقيق أغراض النظم العقابية التي تقوم فيها بدور الأمين علي مصلحة الجماعة الحريص علي صون حرماتها.

ولئن جاز القول بأن قرارها بعدم توجيه الاتهام، قد لا يلقي معارضة جدية من الآخرين، وأن المعارضين لقرارها كثيرا ما يخفقون في احتجاجهم عليه؛ إلا أن قرارها بتوجيه الاتهام، يطرح بالضرورة بواعثها في شأن الخصومة الجنائية التي حركتها ضد المتهم، كانتقائها بعض المتهمين لتقديمهم إلى المحكمة، دون آخرين كانوا شركاء معهم في الجريمة ذاتها أو فاعلين أصليين في جريمة تماثلها، وكأن تقصر اتهامها على بعض الأشخاص لمجرد مباشرتهم حقوقا كفلها الدستور لهم، كحرية التعبير عن بعض اتجاهاتهم المناوئة للحكومة.

ومن ثم كان كل اتهام مخالفا للدستور إذا كان انتقائيا، أو منطويا علي الإخلال بحقوق أساسية كفلها الدستور للمتهم، أو صادراً لمجرد مباشرته لهذه الحقوق، أو مغلفا بالرغبة في الانتقام من المتهم.

ذلك أنه أيا كان قدر السلطة التقديرية التي تملكها النيابة في اختيارها توجيه الاتهام أو عدم توجيهه؛ فإن لهذه السلطة ضوابطها أو كوابحها.

والتمييز بين الجناة المتماثلة مراكزهم القانونية من خلال انتقاء بعضهم لتقديمهم إلي المحاكمة، يناقض الدستور بالضرورة لمخالفته شرط الحماية القانونية المتكافئة التي ترفض المغايرة في المعاملة القانونية بناء علي اعتبار يتعلق بالجنس أو باللون أو بالعقيدة أو بغير ذلك من صور التقسيم القائم علي التحكم.

ويبطل بالتالي قرار النيابة بالاتهام، إذا كان موجها بعوامل جوهرها التمييز، وباعثها التفريق بين الأوضاع المتماثلة.

٨٢٣- وبتعبير آخر، كلما كان قرار الاتهام صادرا في حدود السلطة القانونية للنيابة، وخادما للشرعية الدستورية، فإن تعييبه يكون بغير سند. فإذا قام الدليل علي أن قرار الاتهام ما كان ليصدر لولا مباشرة المتهم حقوقا كفلها الدستور، بما يجعل مباشرته لهذه الحقوق سببا لصدور ذلك القرار، بطل القرار بكل آثاره.

٨٢٤- فإذا ما استقر رأي النيابة علي الاتهام، كان عليها أن تحدد نطاقه. ويفترض ذلك أن تبين النيابة طبيعة الجريمة التي تنسبها إلي متهمها وأدلتها([1]). فقد تفاضل النيابة بين جناية وجنحة، وتختار الاتهام بالجناية مضارة بالمتهم. وقد تفاضل بين اتهامه بجريمة واحدة، أو بأكثر من جريمة حال تعدد الجرائم التي ارتكبها؛ أو لمخالفته بفعل واحد أكثر من قانون جنائي.

وقد يعارض المتهم في إسناد أكثر من جريمة له متهما النيابة ذاتها بسعيها إلي الانتقام منه، أو دامغا بالغموض القوانين الجنائية المتعددة التي انتهكها.

وإذ كان من المقرر قانونا عدم جواز تعريض حياة الأشخاص أو أموالهم أو حرياتهم لمخاطر نظم جنائية يتخبطون في معانيها، ويختلفون في مقاصدها، بما يفقدها يقين وضوح أحكامها، فلا يدرك المخاطبون بها حقيقة مضمونها، ولا يخطرون سلفا بالتالي بحقيقة الأفعال التي نهاهم المشرع عن ارتكابها أو التي حتم عليهم القيام بها؛ وكان توافر شرط الأخطار في الجرائم جميعها، يعتبر مطلبا دستوريا لبيان حقيقة الأفعال التي تكونها؛ إلا أن التداخل بين قانونين جنائيين، يدل علي أن المشرع لم يحكم صياغتهما، ويجهل كذلك بماهية الجرائم المنصوص عليها فيهما، فلا تتوافر فيهما خاصية اليقين التي تتسم بها القوانين الجنائية جميعها([2]). ذلك أن هذه القوانين لا تخطر المخاطبين بها بحقيقة الأفعال التى نهتهم عنها أو التي طلبتها منهم، ما لم يكن وصفها للجرائم المحددة بها، كاملاً Fully descriptive of the offence. ويتعين بالتالى أن يصاغ الاتهام على نحو يحدد للجريمة أركانها ولا يجهل بشرط الإخطار بطبيعة الجريمة المنسوبة إلى المتهم. وهو شرط تقتضيه الوسائل القانونية السليمة الإجرائية([3]).

([1]) United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876), Bartell v. United States, 227 U.S. 427 (1913).
([2]) United States v. Carll, 105 U.S. 611 (1882).
([3]) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

وما يقال من أن التداخل بين قانونين جنائيين لا يفيد أكثر من حق النيابة في اختيار أحدهما، وتوجيه الاتهام وفقا لأحكامه، وأن هذا التداخل لا يعتبر في ذاته مخالفا للدستور، بشرط ألا تكون النيابة موجهة فى خيارها بعوامل التمييز ضد فئة أو طبقة بذاتها من المتهمين([1])، مردود بأن تعلق قانونين جنائيين بالأفعال ذاتها، واختيار النيابة العامة واحداً من بينها لتأسيس الاتهام وفق أحكامه، مؤداه بالضرورة عدالة غير متكافئة، إذا كان هذان القانونان متعاصرين.

فإذا اختلفا من جهة زمن تطبيقهما؛ وكانت العقوبة التي يفرضها القانون اللاحق أقل من التي فرضها القانون السابق، فإن اختيار النيابة للقانون اللاحق لا يكون مخالفاً للدستور، إذ هو أصلح للمتهمين في مجال تطبيقه بالنسبة إليهم.

ولا كذلك أن تكون العقوبة المقررة بالقانون اللاحق، أشد وطأة من عقوبة القانون السابق، إذ يعتبر القانون اللاحق -في هذا الفرض- ملغيا ضمنا القانون السابق بكافة أحكامه؛ فلا يبقي غير قانون واحد، هو القانون اللاحق، لتزن الجهة القضائية العقوبة التي فرضها بموازين الشرعية الدستورية التي تحدد علي ضوئها ما إذا كانت العقوبة التي فرضها المشرع للجريمة التي نص عليها القانون اللاحق تناسبها، أو تجاوز وطأتها خصائص الجريمة ودرجة خطورتها. ذلك أن ثقل العقوبة بالنسبة إلي نوع الجريمة التي تتعلق بها، ينفي موافقتها للدستور.

٨٢٥- وكما لا يجوز لأغراض انتقامية أن تباشر النيابة سلطتها التقديرية لتوجيه الاتهام إلي شخص معين، لا يجوز كذلك لأية محكمة أن تزيد من قدر العقوبة التي توقعها علي المتهم لإشباع هذه الأغراض عينها خاصة إذا كان موقفها فى هذا الشأن منهجيا. ذلك أن الانتقام من المتهم Vindictiveness against defender يخل بالضرورة بشرط الوسائل القانونية السليمة.

٨٢٦- وإذا جاز للنيابة في بعض الدول، أن تنذر المتهمين الذين تفاوضهم للحصول منهم على إقرار بالجريمة التى تتهمهم بها، بأنها ستوجه إليهم تهما جديدة غير التي تضمنها

([1]) انظر في ذلك قضية

United States v.Batchelder, 442 U.S. 114 (1979).

وفي هذه القضية تؤكد المحكمة العليا للولايات الأمريكية، جواز هذا التداخل من زاوية دستورية. وتضيف إلي ذلك قولها بأن المخاطبين بقانونين جنائيين متداخلين، وإن كانوا لا يعرفون سلفا ما إذا كانت النيابة العامة ستقدمهم إلي المحكمة وفقا لهذا القانون أو ذاك؛ إلا أن هذه الصعوبة شأنها شأن الجريمة الواحدة التي يفرض لها المشرع أكثر عقوبة، ويفوض المحكمة في انتقاء العقوبة التي يراها -من بينها- أكثر ملاءمة للجريمة.

قرار الاتهام الأول، إذا لم يعترفوا بالجريمة التى نسبها هذا القرار إليهم([1]). فإن شرط ذلك أن يجيز النظام القضائي في الدولة عملية التفاوض هذه، وأن تمنحها الهيئة القضائية المعنية غطاء من الشرعية الدستورية. فإذا كانت عملية التفاوض تلك محظورة وفق النظم العقابية القائمة –وهي لابد أن تكون كذلك لانطوائها علي حمل المتهم علي الإقرار بجريمة قد لا يكون هو مرتكبها، خوفا من نتيجة المحاكمة وقلقا علي مصيره– فإن مثل هذا التهديد أو التحذير يكون مخالفا للدستور.

ذلك أن المتهمين الذين يساقون إلي الإقرار بالجريمة علي هذا النحو، يشهدون ضد أنفسهم بما يدينهم، ويتخوفون من العقوبة المقررة أصلا" للجريمة التي اتهموا بها.إذا رفضوا الإقرار بارتكابها، فلا يتكافأ مركزهم ومركز النيابة التي لا يجوز لها أن تدفعهم إلي الإقرار بالجريمة لمجرد اختصار إجراءاتها، أو لتوفر مواردها التي توجهها –في الأصل– بكامل ثقلها لإدانتهم.

٨٢٧– فإذا نحينا جانبا عملية التفاوض تلك بكل مخاطرها وسوءاتها؛ وكان من المقرر أن للنيابة –وقبل توجيه الاتهام بصفة نهائية– أن تعيد النظر في تقديرها المبدئي لحقيقة الأفعال التي ارتكبها المتهم، والتي قد تكون بعض جوانبها خافية عليها وقت هذا التقدير؛ إلا أن تعديل النيابة لأبعاد الاتهام بعد بدء المحاكمة، يثير شكوكا حول حقيقة دوافعها([2]).

---

(١) قد يقر المتهم بذنبه بدلاً من أن تتولى النيابة العامة بنفسها إثباته Cuilty Plea وذلك لأسباب مختلفة، منها كثرة الأدلة الموجودة ضده، وكذلك إذا قدر أن محاكمته قد تنتهى إلى فرض عقوبة أكبر من العقوبة التى يتحملها فيما لو أقر بالجريمة. ومن ثم يدخل المتهم ومحاميه فى عملية تفاوض Plea Bargaining مع سلطة الإتهام حتى يحصل على عقوبة أخف أو ليسمح له بالإقرار بإرتكابه لجريمة عقوبتها أخف. ولئن جاز القول بأنه لا يجوز فى النظام الاختصامى للعدالة الجنائية أن يكره شخص على الإقرار بذنبه، إلا أنه أقر بذنبه مختاراً، وبإرادة حره، كان هذا الإقرار موافقاً للدستور فى الدول التى تجيز عملية التفاوض هذه. United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).

وتنظر بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى عملية التفاوض هذه باعتبارها عملية هامه وضرورية فى مجال إدارة العدالة الجنائية

Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

(2) United States v. Goodwin, 457 U.S. 368 (1982).

المبحث الرابع
تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام

٨٢٨- يتعرض الأبرياء الذين يقدمون إلي المحكمة الجنائية، خاصة في الجرائم الخطيرة، لمخاطر لا يجوز إسقاطها من حسابهم، حتى لو أطلق سراحهم لبطلان الأدلة ضدهم أو عدم كفايتها. ذلك أن سمعتهم تضار بقدر كبير، وتظل عالقة في الأذهان ما تردد عنهم في الصحافة وغيرها من وسائل الأعلام. وهم ينفقون أموالا ضخمة من أجل الظفر ببراءتهم، ويتحملون أشكالا من المعاناة لا قبل لهم بها طوال محاكمتهم، يندرج تحتها انقطاع صلتهم بالحياة اليومية التي درجوا عليها.

ومن ثم كان حرص النظم الجنائية في تطورها المعاصر، ليس فقط علي حماية الأبرياء من مغبة أحكام خاطئة تدينهم، وإنما كذلك حمايتهم في مواجهة تهم ليس لها ما يساندها من الأوراق. ويتعين بالتالى أن تتولي جهة قضائية محايدة -وعلي الأقل في الجرائم الخطيرة- مراجعة النيابة في قرارها بأن تتهم؛ لتقرر ما إذا كان لقرار الاتهام في هذه الجرائم؛ سند من الأوراق يسوغ المضي فيه.

ومن ثم تتولى هذه الجهة، النظر في الأسس التي قام الاتهام عليها، لتفصل بنفسها في كفايتها أو قصورها عن حمل التهمة، قبل أن توجه هذه الجهة الاتهام إلي المتهم الماثل أمامها.

فكأن الجهة القضائية المشار إليها(١) تقوم بعملية تصفية، غايتها ألا يوجه اتهام بغير دليل. بما يقيم هذه الجهة عازلا بين النيابة والمتهم المحتمل، لتمده بنوع من الحماية هو في أشد الحاجة إليها.

وهذه الجهة القضائية لا وجود لها في مصر، إذ ليس ثمة فاصل بين قرار النيابة المصرية بالاتهام، ومثول متهمها أمام المحكمة التي تفصل بنفسها في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفائها.

---

(١) تسمي هذه الهيئة في الولايات المتحدة الأمريكية بهيئة المحلفين الكبري، وهي لازمة في المحاكمات الفيدرالية بمقتضي التعديل الخامس للدستور الأمريكي، ولكنها غير متطلبة في الولايات الاعضاء في الاتحاد.

Morse, A survey of the grand jury system, 10 DRE.L. Rev. 101, (1931).

وفي ذلك إخلال جسيم بمصلحة المتهم التي لا يكفلها تسرع النيابة في اتهامه، وعلي الأخص كلما كان الدليل علي التهمة غير مقبول قانونا، أو لا مصدر له في الأوراق، أو ليس كافيا من وجه آخر.

ومن ثم يكون وجود هده الجهة القضائية التي تحيل المتهم بنفسها إلي المحكمة إذا اطمأن وجدانها لسلامة الأسس التي قام عليها قرار الاتهام، ضمانة حقيقة تؤمن الأبرياء من كل اتهام يتسم بالاندفاع، أو بالتهور، أو بالتورط، أو بالقهر، أو بالتحايل، أو بالغش، سواء كان المتهم المحتمل فردا أو أقلية عرقية أو غيرهما.

ذلك أن النظم الحقيقية للعدالة الجنائية، يعنيها أن يكون قرار الاتهام قائما علي أسس من حكم العقل وضوابط من القانون. فلا يكون إملاء من القوة التي تتسلط بها النيابة علي المتهمين، ولا احتيالا منها علي حكم القانون، ولا موجها بالضغائن الشخصية Personal ill-will التي يجوز أن تنزلق إليها.

ويتعين أن تدير تلك الجهة القضائية -وفي مجال تقديرها لأسس الاتهام- مناقشاتها علانية، وفي مواجهة النيابة وخصمها، وأن يكون للدفاع عن المتهم المحتمل حق دحض الأدلة التي تقدمها النيابة لتعزيز موقفها من الاتهام، وكذلك مقابلة شهودها بشهوده. ومن ثم لا تكون جلساتها سرية واقعة وراء جدران مغلقة، بل مفتوحة وعلنية. قائمة علي المواجهة، ومنطوية علي تحقيق مبدئي Preliminary hearing. لا يفصل في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفائها، وإنما في ملاءمة توجيهها في إطار كافة العناصر التي تقدمها النيابة، وكذلك تلك التي يطرحها الدفاع.

٨٢٩- علي أن ضمانة التحقيق المبدئي، لا تعتبر ضمانة دستورية يخل نقضها بشرط الوسائل القانونية السليمة. ذلك أن ما يتطلبه الدستور لا يزيد عن فصل سلطة الاتهام عن المحكمة التي تنظر التهمة، فلا يندمجان في جهة واحدة.

بما مؤداه أن ضمانة التحقيق المبدئي في الاتهام قبل الإحالة إلي المحكمة، وإن كانت خطوة أكبر وأعمق في اتجاه الحرية، إلا أنها غير لازمة دستوريا" لصونها.

علي أن المحكمة التي تفصل في الاتهام المحال إليها، وإن كان بوسعها دوما الإفراج عن المتهم إذا تبين لها -ومن ظاهر أدلة الاتهام- تهاويها أو انعدام أساسها؛ إلا أن ضمانة التحقيق المبدئي يساندها أن الجهة القضائية التي تفصل مبدئيا في جواز إسناد أدلة الاتهام إلي

المتهم المحتمل، أو كفايتها، هي التي تجنبه مخاطر السقوط في هاوية القلق، وتشويه سمعته، والتعريض به، والإخلال بفرصه في الحياة الملائمة النقية من شوائبها.

ذلك أن قرارها بفساد أسس الاتهام، يعني إسقاط التهمة بغير محاكمة مطولة يتعقد بها مصير المتهم المحتمل، ويزداد من خلالها اضطرابا. وقد يفقد معها عمله، وعائلته، ومظاهر حياته التي ألفها طوال الفترة التي تستغرقها المحاكمة، والتى تمتد كذلك لتشمل فترة الطعن في حكمها بالإدانة، ثم الفصل نهائيا في هذا الطعن، إذا ظل المتهم أو المدان طوال هذه الفترة الزمنية، في قبضة السلطة، ولو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

ذلك أن مخاطر تقييد حرية المتهم بعد القبض عليه، هي التي يتعين أن تؤخذ في الحسبان.

٨٣٠- ومتي اختار المشرع ضمانة التحقيق المبدئي السابقة علي إحالة المتهم إلي المحكمة، والتي تتوخي استكناه الأسس التي يقوم الاتهام عليها، وتقرير صحتها أو فسادها، تعين أن يتقيد هذا التحقيق بعدد من القيود أهمها:

أولاً: أن مرحلة التحقيق المبدئي، تعتبر مرحلة حرجة تقتضي حضور محام يمثل المتهم المحتمل Potential accused، ويواجه شهود النيابة وأدلتها. ذلك أن مهارة محاميه وبراعته القانونية، كثيراً ما تكون هي الطريق الوحيد للتدليل علي خلل في التهمة يتعلق بتخاذل أدلتها أو ضعفها أو اضطرابها. والمحامون المؤهلون يملكون من خبراتهم ما يعينهم علي مواجهة التهمة من كافة جوانبها، ومعرفة نواحي قوتها وملامح قصورها، حتى إذا أحيل موكلهم إلي المحكمة بعد التحقيق المبدئي، استطاعوا الدفاع بصورة فعالة وملائمة عن براءته. وقد يطلبون طبيبا نفسيا لفحص حالة المتهم المرضية في مرحلة التحقيق المبدئي. وقد لا يقدر المتهمون المحتملون الذين يفتقرون إلي الموارد المالية، حاجتهم إلي محامين عنهم في هذه المرحلة الحرجة لتتولي الجهة القضائية القائمة علي إجراء هذا التحقيق، تعيينهم، حتى يمدوا يد العون لهؤلاء المتهمين، شأن حضورهم في هذه المرحلة الحرجة، شأن الحق في طلبهم في مرحلة المحاكمة ذاتها[1].

ثانياً: لا يجوز للجهة القضائية التي تقوم بالتحقيق الابتدائي في شأن متهم محتمل، أن تحيله إلي المحكمة تحاملا، ولا أن تحرره من قبضتها انحيازا. وإنما حسبها أن يكون قرارها بإحالته إليها منصفا. وليس واجبا عليها أن تتقيد بالقواعد الإجرائية الجامدة.

---

(1) Coleman v.Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

وكلما كانت هذه الجهة مكونة من محلفين، فإن تشكيلها يتعين أن يكون متضمنا عناصر من قرناء المتهم المحتمل، فلا يستبعد السود من تكوينها إذا كان المتهم من جنسهم؛ وإلا كان تشكيلها منطويا علي تمييز يناقض الدستور([1]).

ثالثاً: أن هيئة المحلفين التي تقوم بالتحقيق الابتدائي، تتكون من المواطنين البسطاء الذين لا يدركون القواعد القانونية المعقدة، ولا يفهمون دروبها الملتوية. ولا يجوز بالتالي نقض قرارها بتوجيه الاتهام، ولو كان هذا القرار غير مؤيد بأدلة يجوز قبولها قانونا([2]).

ذلك أن صحة قرار هذه الهيئة يرتبط بتشكيلها وفق الدستور والقانون، وبصدوره في غير محاباة ودون تحامل. والمواطنون البسطاء الذين يشكلون هيئة المحلفين لا يجرون تحقيقاتهم علي ضوء القواعد القانونية الفنية. وإنما يكون الإصرار علي تطبيقها حقا للمتهم في مرحلة الخوض في موضوع الاتهام، وذلك أمام المحكمة التي تفصل في صحة التهمة أو بطلانها توصلا لحكم بالبراءة أو بالإدانة.

---

(1) Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956).

(2) Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Loun v United States 355 U.S. 339 (1958).

الفصل الثامن
المحاكمة المنصفة

المبحث الأول
صورتها الإجمالية

٨٣١- هذه المحاكمة هى الوجه المقابل لضمان الحرية الشخصية ولصون الحق فى الملكية التى لا يجوز تقييدهما بغير الوسائل القانونية السليمة التى ترتد فى جذورها التاريخية إلى مجابهة أعمال التحكم أيا كان أطرافها، وسواء كان من يباشرها ملكا أو أميرا أو غيرهما.

وهى بذلك تقوض امتياز مباشرة السلطة بغير ضوابط تقتضيها الحدود المنطقية لولايتها، وتواجه انحرافها عن أهدافها حتى فى المفاهيم المعاصرة التي تتوزع السلطة بمقتضاها بين أفرع مختلفة يستقل كل منها عن الآخر، فلا تتداخل مهامها.

ولا يجوز بالتالى للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أن تفرض أوامرها وخياراتها على مواطنيها، وكأن الوسائل القانونية السليمة من صنعها، لتحدد بنفسها ما يدخل تحتها وما لا يندرج فيها. إذ ليس ذلك من الحقيقة فى شئ.

ذلك أن هذه الوسائل لا تتوخى غير صون آدمية الناس جميعهم، وضمان كرامتهم. وهى بذلك تعلو على السلطتين التشريعية و التنفيذية، وعلى السلطة القضائية نفسها لأنها تبين لكل منها الدائرة التى ينبغى أن تعمل فيها. وبدونها يتعرض الفرد لمخاطر جسيمة قد يصير معها مجرد شئ بغير قيمة.

٨٣٢- وإذ كان الأصل فى الناس جميعهم هو الحرية؛ وكان الدستور قد كفل حرمة أموالهم، فإن صون حرياتهم وملكيتهم، ينافيها التجهيل بمضمون القوانين الجزائية، وينقضها كذلك سوقهم إلى محكمة لا يتوافر لها من استقلالها وحيدتها، ما يكفل لحقوقهم التى نص عليها الدستور، الحد الأدنى من متطلباتها، ويندرج تحتها الحق فى محاكمة سريعة وعلنية ومحايدة لها من ضماناتها ما يكفل إنصافها، ومن تكامل إجراءاتها ما ينفى اختصارها([1]) .Summary Trial

فلا يدان شخص بغير دفاع؛ ولا بناء على دفاع غير ملائم؛ ولا وفق أدلة تم تلفيقها أو تزويرها، أو الحصول عليها من أوجه أخرى بالمخالفة للقانون؛ ولا بأدلة ليس لها صلة

([1]) Barker v. Wingo. 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970); United states v. Marion, 404 U.S. 307 (1971); In Re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

بالجريمة المدعى ارتكابها، أو لا تنتج فى إثباتها([1])؛ ولا بقرائن مجافية للحقائق العلمية والعملية([2])؛ ولا لمجرد حرمانه من ميزة كفلها الدستور أو المشرع؛ ولا بشهادة يكره هو على أدائها ليدين نفسه بها، ولا إخلالا بالحق فى سماع دفاعه بعد إخطاره بعناصر الاتهام بلا إبطاء غير مفهوم([3])، ولا وفق قواعد ليس لها من مضمونها أو إجراءاتها ما يكفل إنصافها؛ ولا بإنكار حق المتهم في النفاذ إلي الوسائل العلمية التى يقتضيها تحقيق دفاع جـوهرى أبـداه([4]).

وبوجه خاص لا يجوز حرمان متهمين من حضور محاكمتهم، كلما كان مثولهم فيها ضروريا لعرض موقفهم من الجريمة المدعي بها ونفيها عنهم، ولو كان ذلك بتخطيهم لمحاميهم، وإدارتهم الدفاع عن أنفسهم بالطرق التي يرونها أكثر ملاءمة أو تأثيرا. ويتعين كذلك ضمان مثولهم فى كل إجراء يؤثر فى المحصلة النهائية للخصومة الجنائية، كالانتقال إلى محل الجريمة لتحقيق بعض عناصرها.

بما مؤداه، أن الأصل فى الاتهام الجنائى -وبالنظر إلي خطورته- أن يواجهه المتهم من خلال محكمة لها من ضماناتها، ومن مضمون القواعد التى تطبقها، ما يكفل فعاليتها ووزنها لأدلتها بالقسط. كذلك فإن الأصل فى الأشخاص، وإلى ما قبل إدانتهم بالجريمة، هو حرية أبدانهم من القيود عليها.

([1]) Vachon v.New Hampshire, 414 U.S. 478 (1974).

([2]) Tot v.United States, 319 U.S. 463, 468 (1943).

وتعبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن القرائن التحكمية المنافية للواقع العملى فى الحياة بقولها.

Presumptions so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life.

([3]) وسبب ذلك أن الأصل هو أن يكون لكل إنسان حق في أن يحيا حياة هادئة يطمئن فيها على حريته وملكيته بغير تدخل من السلطة العامة، إلا إذا كان تدخلها وجه من القانون. ومن ثم يعتبر الحق فى سماع أقوال الشخص المواجه بإجراء ما، الوجه المقابل لحق السلطة فى اتخاذ هذا الإجراء. وهو بذلك يمثل أرقى القيم وأرفعها فى مجال الوصول إلى الحقيقة. ذلك أن المعرضين لمخاطر معينة، لا يستطيعون دفعها إلا بعد إخطارهم بها، وضمان فرص عادلة لمواجهتها.

Goldberg v.Kelly, 397 U.S. 254, 264 - 65 (1970).

([4]) يفترض فى هذه الوسائل العلمية أن تكون هى الإجراء الوحيد لإظهار براءته.وعندئذ يتعين على الدولة أن تتحمل نفقتها. فإذا ادعت امرأة نسبة طفل إلى شخص معين، وكان اختبار الدم هو الإجراء الوحيد الذى يملكه المدعى عليه لدحض قرائن قدمتها الأم، ويدل ظاهرها على نسبة الولد إليه، فإن على الدولة أن تجرى على نفقتها هذا الاختبار.

Little v.Streater 452 U.S. 1 (1981).

فإذا تدخل المشرع من خلال الجزاء الجنائى لتجريم بعض أفعالهم، وجب أن يقوم الدليل عليها وفق وسائل قانونية لها من معقوليتها ومن تماسكها، ما يبرر تقييد حريتهم الشخصية.

ومن ثم تطرح هذه الوسائل فى مجموعها، نطاق الحقوق التى يملكونها فى مواجهة سلطة الاتهام، والتى تتكافأ بها أسلحتهم معها.

وهى حقوق لا يجوز النزول عنها، أو التفريط فيها، سواء تعلق الأمر بالراشدين من الجناة أو بأحداث جانحين، أو بمن أصابتهم عاهة العقل بعد الجريمة أو قبل ارتكابها. ذلك أن حقوق هؤلاء وهؤلاء -وجميعهم متهمون- تتحدد على ضوء ما يعتبر حقا وعدلا، ملائما لأوضاعهم، كافلا لهم كل ضمانة يقتضيها الفصل فى الاتهام إنصافا.

وحتى بعد إدانتهم بالجريمة، فإن شرط الوسائل القانونية يحدد الطريقة التى ينبغى معاملتهم بها فى السجون التى أودعوا فيها، ويبين كذلك قواعد الإفراج عنهم قبل اكتمال مدة عقوبتهم؛ وإن تعين القول بأن الوسائل القانونية التى ينبغى تطبيقها فى شأنهم قبل إدانتهم بالجريمة، تزيد فى صرامتها، عن تلك التى يؤخذ بها بعد إثباتها عليهم. ذلك أن حريتهم بينما هى مطلقة فى الصورة الأولى Absolute freedom، فإنها مقيدة أو مشروطة فى الصورة الثانية Conditional liberty.

٨٣٣- وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا إلى الحق فى المحاكمة المنصفة من الأوجه الآتى بيانها:

أولاً: أن هذا الحق مقرر بنص المادة ٦٧ من الدستور(١). التى ترتد فى أصلها إلى الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان التى تقضى بأن لكل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، الحق فى أن تفترض براءته، إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر لها كل ضمانة ضرورية لدفاعه.

وتتفرع هذه القاعدة كذلك عن المادة العاشرة من هذا الإعلان، التى تقضى بأن لكل شخص حقاً مكتملاً، ومتكافئا مع غيره، فى محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة تتولى الفصل فى حقوقه والتزاماته المدنية، أو فى التهمة الجنائية الموجهة إليه.

---

(١) تنص المادة ٦٧ من الدستور على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ثانياً: أن نص المادة ٦٧ من الدستور يبلور قاعدة استقر العمل على تطبيقها فى الدول الديموقراطية. ومفترضها فى نطاق الإتهام الجنائى، أن يكون هذا الاتهام معرفاً بالتهمة، محدداً طبيعتها، مفصلا أدلتها، وكافة العناصر التى ترتبط بها، وعلى أن يكون الفصل فى هذا الإتهام واقعاً خلال مدة معقولة، وعن طريق محكمة تتوافر لها -من خلال تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، بما فى ذلك علانية جلساتها- ضمانة استقلالها وحيدتها، والأسس الموضوعية التى تقوم بها على وظيفتها.

وتختلف هذه المحاكمة المنصفة عن المحاكمة غير القانونية ذلك أن الأخيرة هي التي حدد القانون عناصرها أو شرائطها قبل إتيان الجريمة. ولو جاز أن يحدد المشرع بمطلق إرادته هذه العناصر وتلك الشروط ، لصار لغوا أن يتقيد المشرع بضوابط فرضها الدستور في شأن محاكمة المتهمين كتلك المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور([1]).

ومن ثم لم تعط المحكمة الدستورية العليا وزنا لعبارة "المحاكمة القانونية" الواردة في هذه المادة، وأبدلتها بعبارة "المحاكمة المنصفة" Fair Trial على تقدير أن هذه المحاكمة – بشرائطها المسلم بها في الدول الديموقراطية- هى التى يعنيها الدستور.

ثالثاً: لا يجوز أن تدين المحكمة متهما إلا من خلال تحقيق تجربة بنفسها، وعلى ضوء الأدلة التى تنطق بها الأوراق، والتى لها من تماسكها ما يؤيد انتفاء كل شك معقول فى مجال التدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها.

رابعاً: تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة فى مجموعة من القواعد المبدئية التى تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التى يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. وذلك انطلاقا من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التى تنال من الحرية الشخصية، ولضمان أن تتقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها فى مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعى بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية التى ينافيها أن يدان المتهم بالمخالفة للحد الأدنى من حقوقه التى تكفلها قواعد إجرائية تؤثر فى المحصلة النهائية للدعوى الجنائية، ويندرج تحتها افتراض البراءة كقاعدة أولية توجبها الفطرة، وتقتضيها طبائع الأشياء. ويظل هذا الافتراض قرين تلك الدعوى فى كافة مراحلها لا يتخلف عنها إلى أن

([1]) تنص المادة ٦٧ من دستور مضى على أن تفترض براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانة الدفاع عن نفسه.

ينقض بحكم بات على ضوء أدلة الثبوت التى قدمتها النيابة في شأن الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما فى ذلك القصد الجنائى بنوعيه إذا كان متطلبا فيها.

وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التى أقرتها النظم القانونية جميعها، لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين، وإنما لترد عن المتهمين، كل شبهة تفتقر إلى أساسها.

ومن ثم يعكس هذا الافتراض قاعدة مبدئية تحيط بكل فرد -سواء قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها- فلا يزحزح مجرد الاتهام أصل البراءة. إذ هو قاعدة مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولياً لإدارة العدالة الجنائية، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية فى مجالاتها الحيوية، وليوفر الأمن لكل فرد من خلالها، فى مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية يقيمها بالمجافاة للمنطق .

خامساً: أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه-يقترن دائما من الناحية الدستورية- ولضمان فعاليته -بوسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بحق الدفاع- من بينها حق المتهم فى مواجهة الشهود الذين قدمتهم النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق فى نفيها من خلال شهود أو دلائل يطرحها.

سادساً: أن وقوع المحاكمة خلال مدة معقولة، وكذلك علنية جلساتها، وحيدة قضاتها واستقلالهم، جميعها فرائض دستورية لا يجوز الإخلال بها، وتقتضيها الحقوق التى يملكها المتهم فى إطار الوسائل القانونية السليمة، وإلا صار الحكم الصادر ضده باطلاً.

٨٣٤- بيد أن بيان المحكمة الدستورية العليا لحقوق المتهم فى مواجهة الإتهام الجنائى، لا تنحصر فى تلك التى حددتها؛ ولا فى أصل البراءة كقاعدة توجبها الفطرة، ويستحيل هدمها بغير حكم صار باتاً. وإنما توجد إلى جانبها -وكشرط لتحقق مفهوم المحاكمة المنصفة- حقوقٌ تتكامل معها وتتمها.

ومن مجموع هذه الحقوق تتوافر للمحاكمة المنصفة، ركائزها وضوابطها في حدها الأدنى[١].

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

---

(١) انظـر فـي ذلك "دستورية عليا" القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ - ص١٥٤ ومـا بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم٢٠ لسنة١٥ قضائية "دستورية" -جلسـة أول أكتوبر ١٩٩٤-قاعدة رقم ١٠- ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٥ لسـنة ١٥ قضـائية "دستورية" -جلسة ٢٠مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم٤٣- ص٦٨٦ وما بعدها من الجزء الخـامس؛ والقضـية رقم ٣١ لسنة١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم٤٤- ص ٧١٦ من الجزء الخامس.

المبحث الثاني

الحق في محاكمة سريعة

The Right to a speedy Trial

Le droit d'être jugé dans un delai raisonable

٨٣٥- يعتبر الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الجوهرية التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة([1]). وهو ليس كغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور لحماية المتهم. ويفسر ذلك بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية التى لا يجوز معها لسلطة الاتهام أن تؤجل بغير مبرر معقول توجيهها الاتهام إلى المتهم رغم اعتراض المتهم على التأجيل ولو كان المتهم قد أطلق سراحه([2]) ذلك أن تأجيل اتهامه يعرضه للاحتقار العام، وقد يحرمه من فرص العمل. وهو يعوق كذلك مباشرته لحرية التعبير والاجتماع والإسهام فى العمل العام. وحتى إذا اتهم وظل الاتهام معلقاً آماداً طويلة، انتابه القلق وصار مضطربا، وقد يفقد شهوده، أو يتطرق الوهن إلى ذاكرتهم.

ومن ثم يكفل هذا الحق، مصلحة المتهم ليس فقط فى ألا يبقى قبل المحاكمة مهددة حريته بغير مبرر، وإنما يتغيا كذلك التقليل من المخاطر التى تنجم عن بطء المحاكمة بصورة ملحوظة، تندثر معها آثار الجريمة، وتتضاءل بسببها فرص الدفاع الملابس لظروفها، ويزداد معها عدد القضايا التى تأخر الفصل فيها بغير منطق بما يضر بالقواعد التى تدار العدالة الجنائية على ضوئها، ويوفر لبعض المتهمين فرص الضغط على النيابة واستغلالها من أجل الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة محل الاتهام.

ولئن كان هذا الحق واقعا في نطاق الحقوق التي تتوخي معاملة المتهمين إنصافا وبطريقة ملائمة، إلا أن الحق في المحاكمة السريعة يزيد عليها في ارتكازه علي مصلحة للجماعة تستقل عن مصلحة المتهم وقد تناقضها.

Separate from and at times in opposition to the interests of the accused.

وكثيرا ما يفرج عنهم حتى يتم الفصل نهائيا في الاتهام، بما يخولهم الولوغ فى جرائم أشد في وطأتها وأفدح فى نتائجها. فضلاً عن أن إطلاق سراح المتهم يزيد من احتمال اختفائه

([1]) أخذ هذا الحق من نص فى وثيقة الماجنا كارتا Magna Carta . وقد ورد كذلك فى إعلان فرجينيا للحقوق لعام ١٧٧٦، ونقل من هذا الإعلان إلى التعديل السادس للدستور الأمريكي.

([2]) United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966). See also, Beaudoin, G.A et W.S. Tranopolsky, Charte Canadienne des Droits et Libertés, les editions Wilson et lafleur, 1982, p.462; klopher v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

بصفة نهائية. كذلك فإن طول الفترة الزمنية التي يقضونها فيما بين القبض عليهم وإدانتهم، تجعل عملية إعادة تأهيلهم من الصعوبة بمكان بعد أن أضر الاتهام بهم نفسياً ومالياً وإجتماعياً.

فإذا لم يفرج عن المتهم بكفالة، ظل محتجزا في السجون التي تتكدس بنزلائها ويعايشون جميعهم ظروفا صحية ونفسية قاسية تؤثر بالضرورة في قيمهم وتوجهاتهم الإنسانية، فلا يكونون غير أشقياء بالنظر إلي الأوضاع التي يتنفسونها، والتي لا يعودون بسببها إلي الحياة أسوياء.

كذلك فإن لاحتجاز المتهمين الذين يتربصون الفصل في الاتهام، تكلفة عالية من الناحية المالية، سواء في ذلك تلك التي تدفعها الدولة في مجال ضمان الحد الأدنى من الشروط اللازمة لإدارة السجون، أو علي صعيد الإعالة التى تقدمها بعض النظم لأسر المتهمين الذين حرموا من عائلهم الملقي وراء القضبان([1]).

وتظهر كذلك فروق المغايرة بين الحق في محاكمة سريعة، وغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور للمتهمين، في أن بطء المحاكمة قد يعمل لصالح المتهم. ذلك أن المحامين كثيرا ما يناورون من أجل تطويل إجراءاتها حتى تفقد النيابة اتصالها بشهودها، أو حتى يصيبهم وهن في ذاكراتهم Défaillance de la mémoire des témoins بالنظر إلي طول الفترة بين وقوع الجريمة والفصل في نسبتها إلى المتهم بارتكابها، خاصة وأن النيابة هي التي عليها إثباتها.

وإذ كان حرمان المتهمين من تمثيلهم بمحامين عنهم أو حملهم علي الإدلاء بشهادة يرفضونها، يعتبر -ولمجرد هذا الحرمان أو الحمل- إضرراً بهم؛ إلا أن الإخلال بالحق فى محاكمة سريعة، قد لا يوفر لهم فرص الدفاع عن أنفسهم.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن هذا الحق، من المفاهيم التي يكتنفها الغموض بالنظر إلي تعذر تحديد اللحظة الزمنية التي يتحقق فيها الإخلال بذلك الحق بصورة يقينية.

وحتى بعد تحديد هذه اللحظة، فإن تجاوزها مؤداه ضرورة إسقاط التهمة. وتلك نتيجة خطيرة من أثرها إطلاق سراح المجرمين، ولو كانوا من عتاتهم.

وعلي ضوء هذه المخاطر جميعها يتعين القول بأمرين:

([1]) Baker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 389 U.S. 30 (1970).

أولهما: أن الحق في محاكمة سريعة، مؤداه توقيتها بزمن محدود، لا إطلاق إجراءاتها بغير حدود منطقية من عامل الزمن.

ثانيهما: أن الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة، يفترض أن يكون المتهم قد طلبها كشرط للقول بمجاوزة مدتها حدود الاعتدال. فإن لم يكن قد طلبها، اعتبر ذلك نزولا اختياريا عنها، وإن تعين القول بأن إرادة النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور لا تفترض، وأن علي المحكمة أن تأخذ بكل قرينة منطقية تناهض هذا النزول. ذلك أن المتهم كثيرا ما يضار من المحاكمة التي يستطيل زمنها، خاصة إذا كان قد حبس احتياطيا مدة طويلة قبل بدئها([1]).

٨٣٦- ويتعين دوما أن يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة وإن كان مشوبا بالغموض، بالنظر إلي تعذر تحديد المدة التي لا يجوز أن تجاوزها المحاكمة؛ إلا أن ضمان المحاكمة السريعة، يظل التزاما علي النيابة علي تقدير أن مصلحة الجماعة يخل بها كل محاكمة لا تنضبط مدتها في حدود منطقية.

وفى مجال تقدير طول مدة المحاكمة أو قصرها، تأخذ المحكمة في اعتبارها ما إذا كان محامي المتهم قد طلب وقتا إضافيا لإعداد دفاعه؛ وما إذا كان قد نبه موكله إلي حقه في الاعتراض علي المحاكمة التي استطال أجلها؛ وما إذا كان المتهم قد مثل أمام المحكمة بغير محام؛ وما إذا كان اعتراض المتهم علي طول إجراءاتها، قد قرع سمعها علي وجه الجزم؛ أم أن هذا الاعتراض كان شكليا Pro forma objection. ويتعين علي النيابة أن تقيم الدليل بنفسها علي أن نزول المتهم عن الاعتراض علي طول محاكمته، كان إراديا، قائما علي العلم بالحق في محاكمة سريعة، وبأبعاد هذا الحق. ذلك أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق المتفردة، سواء في مجال تحديد زمنها، أو علي ضوء أوضاع المحاكمة وظروفها التي تشى بما إذا كان المتهم قد نزل عند هذا الحق أو تمسك به.

٨٣٧- ويتعين بالتالي في مجال تقرير طول المحاكمة، أن يكون امتدادها فى الزمن مقصوداً أو عدوانياً Purposeful or aggressive وأن ينظر إلى سلوك كل من النيابة والمتهم بشأنها علي ضوء كل حالة علي حدة An ad hoc basis. فلا نقرر أن المتهم، قد حرم من الحق في محاكمة سريعة إلا علي ضوء عدد من العوامل أهمها طول مدة تأخرها، وسببه، ودرجة إصرار المتهم علي هذا الحق، وقدر ما أصابه من ضرر من جراء إهداره. وليس من المفترض أن يقيم المتهم الدليل على وقوع هذا الضرر.

([1]) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967); Smith v. Hooey, 393 U.S. 374 (1969).

وما لم يكن ثمة تأخير يفترض فيه الإضرار بالمتهم، فلا وجه للخوض في توافر العوامل الأخرى التي ندخلها في ميزان ضمان أو إهدار الحق في محاكمة سريعة، علي أن يكون مفهوما أن المدة الطويلة بالنسبة إلي جريمة عادية، لا تعتبر كذلك في جريمة معقدة، متداخلة العناصر، يحتاج إعداد النيابة لأدلتها بشأنها، إلى مدة أطول.

٨٣٨- وكلما كان طول المحاكمة مرده إلي فعل النيابة بقصد إحباط جهود الدفاع، فإنها تكون مسئولة عن تصرفاتها. كذلك فإن إهمال المحكمة الفصل في القضية المطروحة عليها، أو تكدس القضايا المنظورة أمامها، لا يعتبر عذرا يسوغ طول إجراءاتها.

وقد يكون اختفاء شاهد هام في القضية، مبررا معقولا لطول فترة نظرها بشرط أن يكون احتمال العثور عليه راجحا. ويتعين أن يعطي وزن كبير لدرجة إصرار المتهم علي الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة. ذلك أن تراخيه في ذلك، يجعل من الصعوبة بمكان قبول الإدعاء بإهدار هذا الحق. ويؤخذ دائما بما لحق المتهم من ضرر، سواء تمثل فى احتجازه فترة طويلة من الزمن قبل المحاكمة، أو فى تعميق قلقه علي مصيره، أو فى عرقلة جهود الدفاع؛ وعلى الأخص ما تعلق منها بعجزه عن إعداد قضيته نتيجة اختفاء شهود المتهم أو وفاتهم أثناء محاكمته التي استطال زمنها. وهو ما يتحقق كذلك إذا تطرق الوهن إلي ذاكرة شهوده، وصاروا غير قادرين علي استعادة واقعة قديمة، ووصفها بالدقة الكافية([1]).

ويظل لفترة احتجاز المتهم السابقة علي تقديمه إلي المحاكمة، أهمية كبيرة. ذلك أن هذا الاحتجاز يعتبر زمنا ضائعا Dead Time لا يستطع المتهم فيه جمع أدلته والاتصال بشهوده وإعداد غير ذلك من أوجه دفاعه. وتلك مخاطر جسيمة ينوء بها خاصة إذا قضي ببراءته في النهاية.

وحتى لو لم يحتجز المتهم قبل المحاكمة، فإن القيود التي تفرض أثناءها علي حريته، ومظاهر العداء التي تحيط به، وصور النفور التي تجابهه علي امتداد زمن الفصل في الاتهام، ومعاملته باعتباره من المنحرفين اجتماعيا؛ جميعها هموم تحوم حوله ليعتصره القلق.

٨٣٩- ويتعين دائما أن ينظر إلي الحق في محاكمة سريعة، باعتباره من الحقوق التي كفل الدستور أصلها؛ وأن ينظر في تقدير توافر هذا الحق أو تخلفه، إلي كافة العوامل ذات

([1]) Beavers v. Haubert, 198 U.S. 77 (1905).

الصلة؛ كطول الفترة المنقضية بين القبض والمحاكمة، ونوع ونطاق الأضرار التي عايشها المتهم من جراء طول إجراءاتها.

ولا يعتبر تأخير النيابة في توجيه الاتهام حتى تتوافر لديها الأدلة التي تدين المتهم بها، من قبيل هذه الأضرار. ذلك أن القانون يلزمها باستكمال أدلتها قبل توجيه التهمة كي لا يتطرق الخلل إليها من جراء الإسراع فيها.

وحتى بعد استكمال النيابة لأدلتها، فإنها قد تؤخر توجيه الاتهام كي تستوثق من حقيقة الصلة بين متهم بعينه، وغيره من الضالعين في الجريمة([1]).

٨٤٠- وعلي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الحق في محاكمة سريعة يعتبر أساسياً فى كل محاكمة جنائية. وهو يقيد فى الدول الفيدرالية سلطتها الاتحادية وولاياتها. وهو أصل فى كل محاكمة منصفة، وضرورة يقتضيها ألا يظل الاتهام الجنائى معلقا بغير حسم، بالرغم من اعتراض المتهم على بقاء موقفه قلقاً، ومصيره مبهما، إزاء اتهام قائم بغير حكم يكون منهيا للخصومة الجنائية، فاصلاً فى موضوعها.

ذلك أن إرجاء الفصل فى هذا الاتهام آمادا طويلة بغير مسوغ، مؤداه أن تحيط بالمتهم كافة مظاهر الاشتباه المشين للسمعة([2]) وإلى أن ينتهبه القلق ويعتصره إزاء اتهام مسلط على مصيره ردحاً طويلاً من الزمن. مع رجحان اختفاء شهوده، وتعذر الاتصال بهم حال وجودهم، وتطرق الخلل إلى الصورة التي في أذهانهم عن كل واقعة يشهدون بها. وجميعها مضار يفترض تحققها؛ فلا يكون المتهم مكلفاً بإثباتها.

ثانياً: أن سرعة المحاكمة لا تتحدد وفق قواعد جامدة يتم تطبيقها بآلية عمياء. وإنما مرد الأمر فيها إلى أوضاع الخصومة الجنائية، وظروفها التى تحيط بها، وعلى الأخص ما تعلق بخطورة الجريمة المدعى بها، وتعقد عناصرها؛ وعدد الشهود الذين يحتمل ظهورهم للشهادة فى موضوعها؛ وما إذا كان لشهادة الغائبين منهم وزن خاص، واحتمال حضورهم راجحاً؛ وما إذا كان إرجاؤها واقعاً فى حدود منطقية، يدخل فى تقديرها ما إذا كان المتهم مطلق السراح، أو مقيدة حريته.

([1]) United States, v.Lovasco, 431 U.S. 783 (1977); Costello v.United States. 350 U.S. 359 (1956); State v. Keefe 17 Wyo 227 (1908).

([2]) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

ثالثاً: ومما يخل بالحق فى سرعة المحاكمة، التدخل فيها بقصد تسويفها Purposeful. وكذلك كلما كان تعويقها، ملتوياً قائما على الخداع والختال Opressive بقصد إرهاق المتهم بإجراءاتها. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان إرجاء الفصل فى الاتهام، مبناه أعذار واهية أو مفتعلة يكذبها واقع الحال، أو ليس لها من نفسها ما يقيمها على الحق. وكان منطقياً بالتالى، أن يفترض فى كل محاكمة تستطيل إجراءاتها؛ إضرارها بالمتهم وتقويضها جوهر الحقوق التى يملكها وفقاً للدستور، وأن تكون النيابة العامة هى المكلفة بتقديم الدليل على أن تأخيرها كان لعذر مقبول([1]).

رابعاً: ويعتبر نزولاً من المتهم عن الحق فى محاكمة سريعة، طلبه إرجاء الفصل فى الاتهام لعذر أبداه، أو موافقته ضمنا على طلب النيابة العامة تأخير هذا الفصل. إذ ليس لأحد أن ينقض بيده ما تم من جهته، ولا أن يدعى تضرره من إجراء كان بوسعه الاعتراض عليه، لو كان منافياً لمصلحته. وعلى المتهم بالتالى أن يتمسك بسرعة محاكمته. فإن لم يفعل، أو يتخذ موقفاً يدل على إصراره عليها، كان ذلك قبولاً ببطئها. ولئن جاز القول بأن المتهم قد يباشر أثناء محاكمته سلوكاً يدل على قبوله بتراخيها، إلا أن على القاضى أن يستخلص من الأوراق كل قرينة معقولة تناهض نزوله طواعية عن الحق فى محاكمة سريعة.

ذلك أن النزول عن الحقوق جميعها -وعلى الأخص تلك التى يكفلها الدستور- لا يؤخذ تعملاً، ولا يصار إليه افتعالاً. بل يتعين فى هذا النزول- أن يكون واضحا، ومقصوداً. وما النزول عن الحق، غير إسقاط له، فلا يفترض، بل تقوم القرينة على نقيضه، ما لم يظهر عكسها من الأوراق بدليل جازم لا يحتمل التأويل.

خامساً: وسواء تعلق تأخير الفصل فى الاتهام الجنائى، بتراخى النيابة العامة فى عرض أدلتها؛ أو بتقصيرها فى مواجهة الدفاع بشهودها؛ أو بتسويفها فى تقديم الدليل على تكامل أركان الجريمة التى تدعيها؛ أم كان تأخير الفصل فى هذا الاتهام راجعاً إلى المحكمة ذاتها من خلال إبقائها الاتهام معلقاً بغير حكم يصدر عنها؛ فان التأخير فى هذه الصور جميعها، يعتبر مطلاً غير مقبول من الناحية الدستورية، يصم المحاكمة ذاتها بالبطلان.

سادساً: ويتعين فى كل حال ألا يكون تأخير الفصل فى الاتهام عرضيا. وهو يكون كذلك إذا كان مبرراً بأوضاع يشهد بها حال الجريمة من جهة تعقدها، أو تنوع أدلتها، أو

([1]) يلاحظ أن الحق فى محاكمة سريعة من الحقوق الأساسية التى تحتفظ بها الدساتير لمواطنيها. وقد تدخل الكونجرس الأمريكى بقانون لتنفيذ هذا الحق المقرر فى التعديل السادس للدستور الأمريكى

طبيعة الخبرة العملية التى ندبتها المحكمة لتعينها برأيها على فحص العناصر الفنية فى الجريمة، أو لتحليل مسرحها، أو لحل عقدتها، أو لإظهار مزيد من أدلتها التى حاول الجناة إخفاءها. فذلك كله لا يشي بأن تأخير الفصل فى الاتهام كان مقصوداً، إذ هو أوثق اتصالاً بالجريمة من جهة تحريها فى كافة ظروفها، وما أحاط بها من أوضاع.

سابعاً: وكلما تراخى الفصل فى الاتهام الجنائى بغير مسوغ، ودل هذا التراخى على إعراض المحكمة عن واجبها فى الفصل فى الخصومة الجنائية المطروحة عليها خلال مدة معقولة -وعلى الأخص إذا قام الدليل لديها على أن الشهود الذين يثبتون التهمة أو ينفونها، لن يكون بوسعهم الحضور خلال زمن معقول- وجب عليها الإفراج فوراً عن المتهم.
ولا يجوز بعد هذا الإفراج محاكمته مرة ثانية عن الجريمة ذاتها([1]).

ثامناً: أن بطء المحاكمة لغير مسوغ، يماثل في أثره اختزال مدتها دون ضرورة. ذلك أن تعجيل إجراءاتها، أو تطويلها، كلاهما يناقض الدستور إذا أخل بالحق في محاكمة منصفة، فلا تكون المحاكمة المندفعة ولا المتراخية، مطلوبة. وإنما اعتدال مدتها هو الضمان لإنصافها من خلال الفرص المتكافئة التي تعد النيابة من خلالها قضيتها خلال فترة معقولة، وبما يوفر للدفاع الفرص ذاتها التي يواجه بها الاتهام بكل الوسائل القانونية التي يملكها، لتكون الكفتان متوازيتين في الحقوق التي تدار العدالة الجنائية من خلالها، ووفق مقاييسها الأكثر تحضرا وصرامة([2]).

([1]) Struck v. United States, 412 U.S. 434 (1973).

([2]) يلاحظ أن الحق فى محاكمة سريعة لا ينشط إلا إذا اتهم الشخص جنائيا United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971) إلا أن القضـــاه دوجـــلاس ومارشال وبرنان خالفوا ذلك قائلين بأن الحق فى محاكمـــة ســـريعة ينطـــبق كذلك على فترة ما قبل المحاكمة Pre-Trial indictment delays بنفس انطباقه على كل تأخير يقع بعد المحاكمة Post- indictment delays .

المبحث الثالث

الحق في محاكمة علنية

The Right to a Public Trial

Le droit à un procés public

٨٤١- تتوخي هذه العلانية أن تدير المحكمة جلساتها، وتباشر إجراءاتها، وتتخذ التدابير اللازمة لضبط نظامها، أمام هؤلاء الذين يرتادون قاعتها بقدر اتساعها، ويراقبون قضاتها في كيفية تعاملهم مع المتهمين، والطريقة التي يتناولون بها القضية المطروحة عليهم، وتعليماتهم إلي هيئة المحلفين، ونطاق إحاطتهم بالتهمة التي يفصلون فيها، والحقوق التي يكفلونها لكل من النيابة ومتهمها، وبوجه عام الكيفية التي يديرون بها العدالة الجنائية لضمان تحقيق متطلباتها، وجوهرها أن يفصل بطريقة منصفة في كل اتهام([1]).

٨٤٢- ومن شأن علانية المحاكمة، أن تكون جلساتها مفتوحة للكافة فلا يرد عنها دهماء تقتحمهم العين وتزدريهم، ولا يؤثر الوجهاء بها تبجيلا لهم وتوقيراً لمكانتهم([2]).

ولعل أكثر المسائل إثارة للجدل في شأن علانية المحاكمة، هي التي تتعلق بما إذا كان للصحافة وغيرها من وسائل الأعلام، حق في النفاذ إلي جلساتها لنقل ما يدور فيها إلي القراء أو الناظرين. خاصة علي ضوء المهام الخطيرة التي تتولاها وسائل الإعلام جميعها، والتي تؤثر في وجهة من يتلقون معلوماتهم عنها، ويندفعون إلي القبول بآرائها دون تقييم لها.

فقد تصور هذه الوسائل المتهمين وكأنهم رمز الخطيئة وبؤرة العصيان والتمرد علي القيم الاجتماعية. وكثيرا ما تظهر الجريمة التي اتهموا بها في غير صورتها الحقيقة، وبقدر كبير من الإثارة والتهويل. واهتمامها بضحايا الجريمة، أكثر من اهتمامها بأوضاع المتهمين وظروفهم. وتعمد أحيانا إلي تحطيمهم من خلال عرضها لجرائمهم القديمة، وربطها بواقعهم القائم. فلا تكون سوابقهم هذه غير نذير شؤم يحدد مصائرهم سلفا، ويعطي الانطباع بأنهم من غلاة المجرمين، وأن كافة جرائمهم تبلور عقيدة إجرامية متصلة حلقاتها، متعددة جوانبها.

فإذا كان المتهم معروفا من قبل لوسائل الإعلام بالنظر إلي جرائم خطيرة سابقة ارتكبها، وكان لها أثر كبير في شهرته؛ فإن تناولها لسيرته يركز علي جوانبها التي تثير

([1]) يرتد هذا الحق إلى القانون العام فى إنجلترا. ومن الناحية التقليديه، فإن الإتجاه العام فى النظم الأنجلو- سكســونيه هو النظر بارتياب واحتقار إلى المحاكمات السرية التى درجت عليها النظم الأسبانية التنقيبية Spanish Inquisition وهو ما يهدد الحرية.

([2]) In re Oliver, 333 U.S. 257, 266- 70 (1948).

حفيظة الجمهور. فلا تكون معالجتها للجريمة الجديدة وعرضها لها غير نيران تؤججها، وتثير بها نقمة من يقرءون أخبار الجريمة أو يشهدون وقائعها وجناتها، خاصة بعد وصفها الجناة بالدهاء والتحايل وبالقدرة علي التنصل من مسئوليتهم عن الجريمة، وإلقاء تبعتها علي آخرين.

وقد تردد وسائل الإعلام أقوال المتهم في الجرائم السابقة، وتربط بينها وبين الجريمة الجديدة، لتقيم من مجموعها دليلا علي سوء خلقه وعتو إجرامه. فلا تكون المحاكمة الجديدة، غير تعبير عن التغطية الإعلامية التي تضر بمركزه، ومجرد شكلية فارغ مضمونها. A hollow formality بعد أن أصدر الغوغاء حكمهم في الجريمة، واعتبروا فاعلها هو من اعتبر كذلك أمام الكاميرا.

وإذ تدين المحكمة أو هيئة المحلفين المتهم -لا بناء علي أدلة ناقشتها ومحصتها- وإنما علي ضوء أجواء لوثتها وسائل الإعلام في شأن المتهم؛ ونقلتها إلي أذهان المحلفين ملبدة بها الطريقة التي يفكرون بها من جهة تشويهها لصورة المتهم، فإن قرار هيئة المحلفين لا يكون محايدا، بما يناقض الوسائل القانونية السليمة التي تأبي أن تكون مصائر الناس معلقة علي غير أفعالها، ولا تدين متهما بناء علي صورة رسمتها وسائل الإعلام للجريمة المدعى ارتكابه لها ولا على ضوء جرائم سابقة سوء أدين عنها أو لم يقم دليل عليها.

ولئن صح القول بأن هيئة المحلفين التي يوائم تشكيلها الفرائض الدستورية، هي الهيئة المحايدة في وجهتها، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون ذهنها خاليا تماما من أية أفكار عن الجريمة قبل أن تناقش أدلتها وتديرها علي حكم العقل. وإنما حسبها أن تنحي جانبا عن ذهنها كل انطباع سابق عن الجريمة، وأن تعرض لأدلتها. بما يفيد فهمها لها وتعمق حقائقها، وتقدير أثرها، ومقابلتها ببعض، ووزنها بطريقة موضوعية لا ميل فيها.

ويظل دائما من حق المتهم ومحاميه التدليل علي أن قرار المحكمة أو هيئة المحلفين بإدانته، ما صدر عنها إلا علي ضوء الأفكار السابقة التي تلقتها عن الجريمة، مما حور من عقيدتها، وألهمها هذا القرار([1]).

٨٤٣- ولا تزال أصلا تلك القاعدة التي تخول المحكمة حق إخضاع وسائل الإعلام لرقابتها التي تتوخي بها ضبط إيقاع جلساتها، وأن يركز القضاة والمحلفون اهتمامهم علي واقعة الاتهام وأدلتها، وأن تدار العدالة الجنائية وفق متطلباتها، التي لا يجوز أن تسمو عليها لا الوظيفة التعليمية أو الانتقادية التي تقوم عليها وسائل الإعلام، ولا واجبها في نقل كل واقعة

([1]) Murphy v.Florida, 421 U.S. 794 (1975).

تتعلق بالجريمة إلي الناس كافة. ذلك أن حق المتهم في محاكمة منصفة تتوافر لها ضوابطها وفق الدستور، مقدم علي حريتها في العمل.

ولئن جاز القول بأن الدستور لا يفرض علي الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام حظرا كاملا يمنعها به من عرض كل واقعة تناولتها النيابة أو الدفاع، وأن تنقلها إلي الكافة تبصيرا بها؛ وكان من المقرر كذلك أن التغطية الإعلامية العريضة الاتساع، لها مخاطرها علي هيئة المحلفين وكذلك علي قضاة الجريمة، وأنها تحمل في ثناياها أحيانا شبهة الفصل في الجريمة علي ضوء انطباع لا يتصل بأدلتها؛ إلا أن هذه المخاطر هي التي يتعين أن تنظر المحكمة إليها بعين يقظة، وأن تدفعها بكل قوة لضمان حق كل متهم في ألا يفصل في التهمة الموجهة ضده إلا علي ضوء أدلتها ونصوص القانون التي تحكمها دون غيرها.

وليس ثمة مبرر بالتالي للحظر المطلق علي التغطية الإعلامية للجريمة، حتى مع صحة القول بأن لهذه التغطية مخاطرها بالنظر إلي أثرها علي المحلفين والقضاة الذين صاروا بسببها موجهين بعوامل خارجية لا صلة لها بالجريمة في ذاتها، ولا بأدلتها. ذلك أن هذه المخاطر لا تتحقق من جهة في كافة القضايا الجنائية؛ وإنما تتوافر في أكثرها استثارة لاهتمام الجمهور سواء بالنظر إلى وحشيتها أو إلى دناءتها وانحطاطها خلقياً واجتماعيا. ويظل لكل من المتهم ومحاميه، حق كامل وأصيل في التدليل علي أثرها علي القضاة والمحلفين، وفي توافر الشروط التي يتطلبها الدستور في المحاكمة المنصفة.

ولا محل بالتالي لتقرير حظر كامل علي التغطية الإعلامية، ما لم يقم الدليل علي أنها في كل أحوالها، وكافة صورها، تؤثر بصورة موحدة لا مغايرة فيها في عقل المتهمين، والمحامين، والقضاة، والمحلفين، والشهود، وسلطة الاتهام، وأنها تحور كذلك من سلوكهم، لتصرفهم جميعا عن النظر إلي الجريمة وأدلتها، بما يخل بضوابط الحيدة التي يتعين أن يتحلي القضاة والمحلفون بها. وهو ما لا دليل عليه حتى في الجرائم العاطفية التي تثير اهتماما عريضا بين الناس، خاصة بعد تطور وسائل الإعلام علي نحو أتاح لها نقل ما يدور في المحكمة في غير جلبة، ودون أضواء مبهرة، وبطريقة متكتمة، فلا تزدحم جلسات المحكمة برجال الصحافة وأدواتهم التي كانوا يشتتون بها من قبل انتباه شهود الجريمة، والقائمين من رجال القانون بتحقيقها، والقضاة والمحلفين الذين يفصلون فيها.

٨٤٤- واليوم تحرص المحاكم جميعها، علي الحد من مخاطر التغطية الإعلامية في مجال الحماية التي توفرها لشهود الجريمة -من الأطفال وضحايا الجرائم الجنسية- وكذلك

الشهود الذين يمقتون الأضواء، ويصيبهم التوتر أو الفزع من نقل تفاصيل الجريمة وأحداثها من خلال الكاميرا.

٨٤٥- وحتى يتحقق التوازن بين التغطية الإعلامية الشاملة وبين حق المتهم في منعها، فإن سماع المحكمة لأقواله بالاعتراض عليها وتحقيقها، يكون واجبا.

وعليها بالتالي أن تسجل أوجه الاعتراض هذه في محاضر جلساتها، وأن تعطيها حقها من التحليل، لتحد بعدئذ من المخاطر التي يتوقعها أو لتنهيها. إذ ليس ثمة دليل قطعي علي أن مجرد وجود وسائل الإعلام في جلسات المحكمة، يخل بالضرورة بحيدتها. ويتعين بالتالي النظر في كل حالة علي حدة علي ضوء حقيقة يفرضها الدستور، حاصلها أن الجو المحيط بالمحكمة من خلال التغطية الإعلامية، لا يجوز بحال أن يصرفها عن حيدتها، ولا أن يخل بانتباهها ويقظتها، وأن التغطية الإعلامية -في ذاتها- لا تناقض الوسائل القانونية السليمة، ولا تخل بالضرورة بمتطلباتها(١).

وينبغي من ثم النظر إلي الحق في محاكمة مفتوحة، باعتباره حقا لكل من المتهمين والجمهور؛ وأن نسلم كذلك بأن وجود الصحافة والمراقبين المحايدين الذين يلحظون أو ينقلون ما يدور في جلساتها، يكفل معرفة وإعلان الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع القضية التي تنظرها؛ وأن حق المتهم في مخاكمة منصفة، لا يقل شأنا عن حق الصحافة في مباشرة مهامها، والتعبير عن رسالتها التي تنقلها إلي الجمهور(٢).

٨٤٦- وعلي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن علنية المحاكمة لازمها ألا يرد الجمهور عنها، وأن تكون قاعتها مفتوحة للناس جميعهم بقدر اتساعها. ذلك أن الأفراد جميعهم متكافئون فى هذه الضمانة التي يتمتعون بها بناء على نص فى الدستور؛ وبوصفها جزءاً لا يتجزأ من الوسائل القانونية السليمة. وبدونها يبطل الحكم الصادر فيها، ولأنها فى حقيقتها ضمان لمراقبة قضاة المحكمة فى عملهم وتصرفاتهم، وعلى الأخص فى طريقة تعاملهم مع المتهمين والشهود، وإدارتهم جلساتها، وقدر تقيدهم بالحدود التى يقتضيها ضبطها، ومدى كفالتهم للفرص التى يعطونها للمتنازعين أمامها.

وصار أصلاً حضور الجمهور جلساتها، وبصرهم بما يدور فيها، وإحاطتهم بواقعاتها؛ حتى لا تكون سريتها بديلاً عن إعلانها؛ ولأن وقوعها وراء جدران مغلقة يجهل بها ويحيطها

---

(1) Chandler v.Florido, 449 U.S. 560 (1981).

(2) Press – Enterprise Co. v.Superior Court, 478 U.S. 1 (1986); Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Globe Newspaper Co v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

بالغموض؛ ويقوض حقوق المتهمين والمتداعين. ولا يجوز بالتالى جعل جلساتها سرية إلا فى أضيق الحدود، ولصون قيم عليا([1]). Higher narrowly tailord values

ويحظر كذلك التمييز بين المواطنين فى مجال حضور جلساتها. فلا يشهدها فريق من بينهم دون غيره، ولا فى زمن من وقتها دون آخر، ولا ترد الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام عنها من خلال قيود ترهق أداءها لرسالتها دون مقتض.

وبقدر نهوض الصحافة بمسئوليتها من خلال رصدها لكل واقعة في المحكمة تدخل في اهتمام قرائها، ولا تلونها بما يؤثر في عقيدة المحكمة، فإنها تكمل دور الجمهور في مراقبتها، وتحملها علي أن تدير جلساتها علي نحو يحقق للعدالة أعلي مراميها وأرقي قيمها.

ويتعين بالتالى النظر فى سرية الجلسة وحرمان الجمهور والصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من دخولها، وذلك على ضوء اعتبارين يشهد بهما تحقيق خاص تجريه المحكمة بنفسها لتقرر سرية الجلسة أو فتحها.

أولهما: ما إذا كان راجحا بصفة جوهرية أن يضار حق المتهم فى المحاكمة المنصفة إذا قررت المحكمة علانية جلساتها؛ وأن قفلها لضمان سرية ما يدور منها، يقلل من مخاطر العلانية أو يمنعها.

ثانيهما: ما إذا توافرت بدائل منطقية يستعاض بها عن سرية الجلسة، وتكفل بطريقة ملائمة، حق المتهم فى المحاكمة المنصفة([2]).

There must be "specific findings" demonstrating first that there is a substantial probability that the defendant's right to a fair will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and second that reasonable alternatives to closure, cannot adequately protect the defendant's fair trial rights.

٨٤٧- على أن علنية المحاكمة وضبط نظام جلساتها، أمران متلازمان. فالذين يثيرون اضطراباً فى الجلسة، أو يعوقون إدارة العدالة علي وجه آخر، لا حق لهم فى حضورها([3]).

وإذا كان موضوع الاتهام خلقيا، جاز إبعاد الإحداث عنها. ويجوز فى كل حال إبعاد الخطرين عن المحاكمة، لأن الشهود قد يفزعون من مجرد وجودهم.

([1]) Press- Enterpsise Co. Superior Court, 464 U.S. 501, 510(1984) (Press- Enterprise 1).
([2]) Press- Enterprise Co Superior Court, 478 U.S. 1 (1986).
([3]) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976); Walter v. Georgia, 467 U.S. 39 (1984).

وقد تخلى المحكمة قاعتها من بعض الحاضرين، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين الشهود أو المتهمين من الإدلاء بأقوالهم. وقد تزدحم القاعة بما يزيد على طاقتها، فلا يكون تنظيمها إهداراً للحق في محاكمة مفتوحة، بل إجراء ضرورياً. .

وما لم تقرر المحكمة بنفسها جعل جلساتها سرية صوناً للنظام العام أو لحرمة القيم الخلقية؛ فإن حرمان أشخاص بذواتهم -ولو بصفة مؤقتة- من حضور جلساتها دون مبرر معقول -كإثارتهم جلبة فيها- يكون محظوراً. والتذرع فى منعهم بأنهم قد يحرجون الشهود، ليس إلا لغواً.

ولأن أقرباء المتهم يشدون أزره بمجرد وقوفهم إلى جانبه، فإن حرمانهم من دخول قاعة المحكمة، لا يكون مبرراً.

٨٤٨- ويفترض فى كل محاكمة مغلقة، إضرارها بالمتهم وتقويضها لحقوقه، وعلى الأخص إذا تقرر حرمان محاميه وأسرته وأقربائه، من حضور جلساتها.

وتعتبر المحاكمة مخالفة للدستور، إذا أمر قضاتها -ودون مقتض- بإخلاء القاعة من الحاضرين، ولو لم يعترض المتهم على هذا الأمر. وكل قرار يصدر عن المحكمة بسرية جلساتها، يفيد بالضرورة حظر دخول وسائل الإعلام لقاعتها، وحجبها بالتالي عن الاتصال بها ذلك أن سرية جلساتها لازمها منعها من حضورها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

المبحث الرابع
دور المحامين في الدعوى الجنائية

٨٤٩- إسهام المحامين في الخصومة الجنائية، ليس إجراء شكليا. وإنما يبلور في حقيقته تلك المعونة التي يقدمونها لموكليهم علي وجه يكفل فعاليتها([1]). ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تتدخل بوسائلها لمنعهم من إدارة الدفاع بالطريقة التي يرونها، ولا إجهاض قراراتهم التي يتخذونها استقلالا عنها، أو التأثير فيها([2]).

والمحامون أنفسهم قد يخلون بواجبهم في تقديم العون الفعال لموكليهم. فقد يمثلون مصالح متعارضة، أو يهملون في أداء واجبهم. فلا يتابعون بعين يقظة مسار الخصومة الجنائية ومفاجآتها.

وكلما كان دفاعهم معيبا بأن كان منطويا علي أخطاء جسيمة لا تستقيم بها المحاكمة المنصفة، ولا يمكن الاطمئنان معها إلي نتيجتها، فإن كل حكم يدين موكليهم بالجريمة، يتعين أن ينقض.

ذلك لكل مهنة متطلباتها ومستوياتها. شأن مهنة المحاماة في ذلك، شأن غيرها من المهن في اقتضائها ممن يباشرونها أن يبذلوا جهدا معقولا يدل علي قدرتهم علي مواجهة الاتهام بالجريمة، لا من منظور أكثر المحامين خبرة وفهما بدقائق علم القانون، وإنما علي ضوء أوساطهم الذين يديرون المهنة وفق مستوياتها المنطقية القائمة التي تلزمهم الحرص علي مصالح موكليهم، والدفاع عنهم بالهمة الكافية، وإحاطتهم بكل تطور مؤثر في الخصومة الجنائية، وأخذ رأيهم في كل قرار يتصل بإدارة الدفاع عنهم، متخذين من مهارتهم ومعلوماتهم طريقا إلي تحقيق الأغراض التي يستهدفها النظام الاختصامي للعدالة الجنائية، والتي تتمثل في أن تكون نتيجة الفصل في الخصومة الجنائية، معبرة عن حقيقة مجرياتها قدر الإمكان.

٨٥٠- وليس ثمة قواعد قانونية جاهزة يمكن علي ضوئها الفصل فيما إذا كان المحامون قد أخلوا بواجبهم أو التزموه، وعلي الأخص في نطاق الخصومة الجنائية التي تتنوع قراراتهم بشأنها وفق ما يراه كل منهم أكثر ملاءمة لمصلحة موكله. بل إن وجود مثل هذه القواعد الجامدة يخل باستقلال المحامين، وبنطاق السلطة التقديرية العريضة التي يملكونها والتي يحددون على ضوئها، ما ينبغي عليهم أن يتخذوه من قرارات في شأن موكليهم، بما في ذلك تلك التي يناورون بها لضمان فرص أفضل للدفاع عن مصالحهم.

---

(1) W. Beaney, The Right to Counsel in American Courts (1955) pp. 8-26, 29-30.
(2) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

٨٥١- وينبغي أن يكون واضحا أن المعونة الفعالة التي لا يجوز النزول عنها في مجال دفاع المحامين عن موكليهم([1]) Effective Assistance of Counsel، لا يراد بها ضمان أفضل تمثيل لهم، وإنما ينحصر هدفها في ضمان محاكمتهم بطريقة منصفة. فإذا وفاه المحامون، فإن دورهم في الدفاع عن المتهمين، يكون قد اكتمل. ويفترض -وكأصل عام- وفاءهم بواجبهم في الدفاع عن موكليهم. وهو افتراض لا يجوز أن ينقض، إلا إذا أقام المتهم الدليل علي أن محاميه -في نطاق الخصومة الجنائية التي مثله فيها، وعلي ضوء ظروفها- لم يحط بها عن بصر وبصيرة، وقصر بالتالي في إيفائها حقها من الاهتمام. علي أن يكون ملحوظا أن تسليط الضوء علي كل صغيرة وكبيرة أدار بها المحامون دفاعهم، يقوض استقلالهم، ويهدم الثقة بينهم وبين موكليهم، ويمنعهم من قبول بعض القضايا التي لا يطمئنون إلي رجحان احتمال كسبها، ويحرض موكليهم علي سوء الظن بهم إذا ما خسروها. ولا تعتبر أخطاء المحامين جميعها -حتي ما كان منها مجافيا أصول المهنة ومتطلباتها- مستوجبة نقض الحكم المطعون فيه. ذلك أن أداء المحامين لواجبهم يتوخي ألا يضار المتهمون من جراء التقصير فيه. فإذا لم يكن مضمون الحكم الذي دان موكليهم ليتغير ولو بذل محاموهم العناية الواجبة، فإن نقض هذا الحكم يكون عقيم الفائدة.

٨٥٢- وإذ كان الأصل هو افتراض أداء المحامين لواجبهم، إلا أن القرينة العكسية تقوم في حقهم حال تمثيلهم مصالح يناقض بعضها البعض Conflicts of interest، إذ يفترض إضرارهم بموكليهم إذا كان المحامي قد باشر دورا فعالا في تمثيل هذه المصالح، وكان التعارض القائم بينها قد انعكس سلبا علي أدائه.

وفيما وراء دائرة المصالح التي يناقض بعضها البعض، والتي يفترض الضرر بتمثيلها، فإن علي المتهم أن يقيم الدليل علي ما حاق به من ضرر من جراء إخلال المحامي بواجبه. ذلك أن الحكومة لا تعتبر مسئولة عن أخطاء المحامين التي ينجم عنها نقض الحكم، وليس باستطاعتها كذلك أن تمنعها. فضلا عن أن هذه الأخطاء تتنوع، وكثيرا ما يكون الضرر الناجم عنها غير مؤثر في نتيجة الحكم الصادر ضد المتهم. ويتعذر تصنيفها بوصفها من قبيل الأخطاء التي يكون الضرر بسببها واضحا، ولا تحديدها علي نحو يدعو المحامين إلي تجنبها. وينطبق ذلك سواء كان المحامون مأجورين من موكليهم ومختارين من قبلهم Retained of

---

([1]) McMann v. Richerdson, 397 U.S. 45 (1932); Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

one's choice and at one's expense أم كـــانوا معينين من المحكمة التى يمثلون المتهم أمامها([1]).

فالمحاماة فن، وما يعتبر خطأ من المحامين في قضية ما، قد يكون إبهارا في غيرها. ويتعين بالتالي أن يقيم المتهم الدليل ليس فقط علي أن محاميه جاوز بأخطائه، واجباته المهنية وفق متطلباتها المنطقية، بل كذلك علي تأثيرها سلبا علي موقفه فى القضية التى تناولها.

ويتحقق ذلك إذا أقام المتهم الدليل علي أن ثمة احتمال معقول يرجح القول بأن مصير الخصومة الجنائية كان ليتغير لولا الأخطاء المهنية لمحاميه([2]). كأن يدلل المتهم علي أن اعتباره مسئولا عن الجريمة، كان سيصير في الأرجح مشكوكا فيه، إذا كان الدفاع قد خلا من الأخطاء التي انزلق فيها([3]).

ويفترض للقول بانزلاق المحامى إلى أخطاء لو كان قد تجنبها لتغير وجه الرأى فى الدعوى، أن يكون ماثلاً فى كافة الإجراءات الجنائية متصلاً بها، وألا يكون المتهم قد نزل عن اختياره بإرادة حرة مدركة Intelligent Choice ([4]).

([1]) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

([2]) يؤخذ بهذا المعيار كذلك في المعلومات التي تحجبها النيابة عن الدفاع، وكذلك في الشهود الذين تطردهم الحكـــومة من البلد حتي لا يشهدوا لصالح المتهمين. إذ يتعين لفساد الإجراء في الحالتين، أن يقوم الدليل علي أن مسار الخصومة الجنائية كان ليتغير لو لم تتخذ النيابة أو الحكومة هذا الإجراء.

([3]) Strickland v.Washington, 466 U.S. 668 (1984).

([4]) ويلاحظ أنه في قضية:

Johnson v. Zerbet, 304 U.S. 458 (1938)

وفى قضية.(1936) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 تقرر كذلك هذا الحق للفقراء.

المبحث الخامس

الحق في محاكمة يتوافر لقضاتها الاستقلال والحيدة الكاملان

٨٥٣- تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأى سلطة التدخل فى القضايا أو شئون العدالة.

ويفترض هذا النص أن ضمان استقلال القضاة عاصم من التدخل فى وظائفهم تحريفا لها أو إخلالا بمقوماتها، وأن القرار النهائى فى شأن حقوق الأفراد وحرياتهم، بأيديهم، وأنهم هم الذين يردون صور العدوان عليها، ويقدمون الترضية القضائية التى يكفلها الدستور أو القانون لهؤلاء الذين يلوذون بهم، لا يثنيهم عن ذلك أحد، ولا تمنعهم جهة أيا كان شأنها عن أداء واجبهم.

ذلك أن استقلال السلطة القضائية مؤداه أن يكون لقضاتها الكلمة النهائية في كل نزاع يعرض عليها، وأن يكون تقدير واقعة النزاع وتطبيق حكم القانون عليها حقا خالصا لهم لا يشوبه تأثير، أو إغواء، أو تدخل، أو ضغوط، أيا كان نوعها، أو مداها، أو مصدرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشراً أو غير مباشر.

ومما يعزز هذه الضمانة ويؤكدها، أن استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، مؤداه أن تنبسط ولايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية؛ وأن يكون استقلال أعضائها كاملاً قبل بعضهم البعض. فلا تتأثر أحكامها بموقعهم من رؤسائهم أو أقرانهم، على ضوء تدرجهم وظيفياً فيما بينهم.

ويتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص، ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره؛ أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعى أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الآثار التى رتبها؛ ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها.

ويتعين دوماً أن يكون إسناد القضايا إليهم وتوزيعها فيما بينهم عملاً داخلياً محضاً، فلا توجهه سلطة دخيلة عليهم أيا كان وزنها. ولا يجوز كذلك -فى إطار هذا الاستقلال- تأديبهم إلا على ضوء سلوكهم الوظيفى؛ ولا عزلهم إلا إذا قام الدليل جلياً على انتفاء صلاحيتهم؛ ولا خفض مدة خدمتهم أثناء توليهم لوظائفهم؛ ولا تعيينهم لآجال قصيرة يكون عملهم خلالها موقوتاً؛ ولا اختيارهم على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

ويجب بوجه خاص أن توفر الدولة لسلطتها القضائية -بكل أفرعها- ما يكفيها من الموارد المالية التى تعينها على أن تدير بنفسها عدالة مقتدرة، وإلا كان استقلالها وهما.

٨٥٤- على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التى يطلبونها حال وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم، إلا أن حيدتها عنصر فاعل فى صون رسالتها لا يقل شأناً عن استقلالها، بما يؤكد حقيقة أن حيدة القضاة واستقلالهم قسيمان متكاملان ومتظاهران، فلا ينفصل أحدهما عن الآخر([1]).

ولئن كان بعض الفقهاء يولون عنايتهم لاستقلال السلطة القضائية، ولا يعرضون لحيدتها إلا بصورة جانبية، ويمزجون بينهما أحيانا، إلا أن التمييز بين مفهوم استقلال السلطة القضائية وحيدتها، يتعين أن يكون فاصلا بين معنيين لا يتداخلان، ذلك أن استقلال السلطة القضائية، يعنى أن تعمل بعيدا عن أشكال التأثير الخارجى التى توهن عزائم رجالها، فيميلون معها عن الحق إغواء أو إرغاماً، ترغيباً أو ترهيباً.

فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق، تحاملا من جانبهم على أحد الخصوم، وانحيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الداخلية التى تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر؛ كان ذلك منهم تغليبا لأهواء النفس، منافيا لضمانة التجرد عند الفصل فى الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم([2]). يؤيد ذلك:

أولاً: أن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة، وإن كفلتهما المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من الدستور، توقياً لأى تأثير محتمل قد يميل بالقضاة عن ميزان الحق انحرافاً؛ إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاة فى قضائهم لغير القانون.

وهذا المبدأ الأخير لا يحمى فقط استقلال القضاة، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية غير متجردة. وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضى فى نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً. ومن ثم تكون حيدة القاضى شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع القاضى فى عمله لغير سلطان القانون.

([1]) انظر فى استقلال المحكمة وحيدتها، الحكم الهام الذى أصدرته المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة فى ١٩٩٦/٦/١٥ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" وهو منشور فى ص ٧٦٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها- قاعدة رقم ٤٩.

([2]) الحكم السابق ص ٧٧٩ من الجزء السابع.

ثانياً: ما قرره إعلان المبادئ الأساسية فى شأن استقلال القضاة التى تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين فى ١٩٨٥/١١/٢٩ و١٩٨٥/١٢/١٣. وهما قاطعان في أن القضاة يفصلون بحيدتهم، في كل خصومة قضائية تعرض عليهما على ضوء وقائعها ووفقا للقانون، غير مدفوعين بتحريض، أو معرضين لتدخل بلا حق، أو محملين بقيود أو بتهديد أو بضغوط أيا كان مصدرها أو سببها، ما كان منها مباشراً أو غير مباشر.

ثالثاً: أن تعلق ضمانتى استقلال السلطة القضائية وحيدتها بالخصومة القضائية، وانصبابهما معا على إدارة العدالة ضماناً لفعاليتها، مؤداه بالضرورة تلازمهما، فلا ينفصلان. ومن غير المتصور أن يكون الدستور نائيا بالسلطة القضائية عن أن تقوض بنيانها عوامل خارجية تؤثر فى رسالتها، وأن يكون إيصالها الحقوق لذويها، مهدداً بالتواء ينال من حيدة وتجرد رجالها. وإذا جاز القول -وهو صحيح- بأن الفصل فى الخصومة القضائية -حقاً وعدلاً- لا يستقيم إذا داخلتها عوامل تؤثر فى موضوعية القرار الصادر عنها، أيا كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها، أو دوافعها، أو أشكالها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن تتعادل ضمانا استقلال السلطة القضائية وحيدتها فى مجال اتصالهما بالفصل فى الحقوق انتصافاً لأصحابها، وترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلو إحداها على أخراها أو تجبها، بل يتضاممان تكاملاً، ويتكافآن قدراً.

رابعاً: أن ضمانة المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٧، تعنى فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن يكون لكل خصومة قضائية قاضيها -ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية- وأن تقوم على الفصل فيها -علانية وإنصافاً- محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون، يتمكن الخصم فى إطارها من إيضاح دعواه، وعرض أدلتها، والرد على ما يعارضها من أقوال غرمائه أو حججهم على ضوء فرص يتكافأون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها، وقواعد تنظيمها، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، مبلوراً للعدالة مفهوماً تقدمياً يلتئم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة.

خامساً: أن مفهوم حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ٦٨ من الدستور، مؤداه أن مجرد النفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافياً لصون الحقوق التى ترتد فى وجودها إلى النصوص القانونية. وإنما يتعين دوماً أن يقترن هذا النفاذ، بإزالة العوائق التى تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العدوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صور الأشكال الإجرائية المعقدة، كى توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلاً منصفاً يقوم على حيدة المحكمة

واستقلالها، ويعكس بمضمونه، التسوية التى يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التى يطلبها.

سادساً: أن القيود التى فرضها الدستور على المشرع لحماية استقلال السلطة القضائية وحيدتها -لا نقضها أو انتقاصها من أطرافها- لا يجوز الخروج عليها([1]). ويعتبر إخلالاً بحيدة المحكمة أن تقوم بين أحد قضاتها، وبين المتهم الماثل أمامها أو أحد الشهود، عداوة أو مودة لا يستطاع معها -فى الأرجح- الحكم فى الخصومة الجنائية بغير ميل- إيجابيا كان أم سلبيا.

ذلك أن ميزان الحق لا يستقيم مع وجود ميل يكون عاصفاً بالحق، أو مقيداً من محتواه، ولو لم تصل العداوة إلى حد الخصومة الجارحة، ولا المودة إلى حد مؤاكلة المتهم أو أحد الشهود أو قبول قضاتها هدايا منهم أو مسا كنتهم، سواء كان ذلك قبل رفع الخصومة الجنائية أو بعدها.

وليس شرطاً فى المودة بالتالى أن تدل القرائن على متانتها ووثاقتها، ولا أن تكون العداوة جامحة فى عمقها وشدتها. بل يكفى أن تقوم المودة أو العداوة فى نفس القاضى، إذا كان من شأنها انحرافه بسببها عن ميزان الحق([2]).

وهو ما يتحقق كذلك إذا كان للقاضى مصلحة مالية مباشرة فى الفصل فى الخصومة الجنائية بما يضر بحرية المتهم أو يقيد من ملكيته.

٨٥٥- ومما ينافى حيدة المحكمة كذلك، انتقاء المحلفين أمامها من جهة أو فئة بعينها، واستبعاد أشخاص من تشكيلها بالنظر إلى عرقهم أو أصلهم، وعلى الأخص كلما كان هذا الاستبعاد مقصوداً Deliberate ومنهجياً Systematic وتحكمياً Arbitrary. ويعتبر تصنيفهم بالنظر إلى أعراقهم أو أصولهم أو لغير ذلك من الأغراض المجافية للمنطق، تمييزاً مخالفاً للدستور.

ولا يجوز بالتالى تكوين هيئة المحلفين من قطاع بعينه من المواطنين، وإن جاز الطعن فى حيدة بعضهم، لضمان إقصائهم عن تشكيلها. ذلك أن تكوين هذه الهيئة وفقاً للدستور، يفترض تأليفها من أشخاص لا يسعون للفصل فى الاتهام الجنائى على نحو معين. فإذا دل

([1]) انظر فى ذلك ص ٧٧٩- ٧٨٢ من الحكم السابق.

([2]) القضـــية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/١١/١٦- قاعدة رقم ١٢- ص ١٨٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

تشكيلها علي ميل أعضائها عن الحق انحيازاً من جانبهم لعرق معين أو لطبقة بذاتها، بطل القرار الصادر عنها.

كذلك فإن قطعهم بآراء بذواتها فى شأن الجريمة ألمدعى بها، وقبل بسط حقيقتها عليهم، يمنعهم -فى الأرجح- من العدول عن العقيدة التى كونوها سلفا، بما يبطل المحاكمة فى كافة إجراءاتها، هى والحكم الصادر فيها([1]).

ولا كذلك آراء مبدئية تداخل أحد المحلفين أو بعضهم فى شأن الاتهام الجنائى قبل الفصل فيه، إذا لم تكن فى مجملها غير انطباع عام عن الجريمة ومرتكبها، فلما يصمد أمام التحليل الدقيق لواقعاتها، والعرض الأمين لأدلتها. فلا يكون هذا الانطباع العام غير تصور أولى يحتمل الخطأ لصورة الجريمة وجناتها. والقول بضرورة أن تصفو أذهانهم من كل انطباع عنها، وأن يفصلوا فى أمر ثبوتها أو انتفائها وكأنهم قبل مجلسهم فى هيئة المحلفين لم يسمعوا عنها شيئا، ولم يتصل بهم أمر يتعلق بها، ليس إلا تكليفاً بما لا يطاق.

٨٥٦- على أن حيدة المحكمة قد يشوهها رصد أجهزة الإعلام -والتليفزيون على الأخص من بينها([2])- لكل ما يدور بها إلى حد التغطية الشاملة لواقعاتها، بما يؤثر فى الأعم من الأحوال- على نوعية الشهود الذين يمثلون أمامها، وكذلك على نوع شهادتهم التى يدلون بها، وعلي الأخص إذا كان بعض الشهود خجلين بطبيعتهم، أو كانوا من المظهريين الذين تعجبهم صورتهم، ونشر وسائل الأعلام لها أثناء شهادتهم.

فالخجلون من الشهود مترددون بطبيعتهم. ويزداد ترددهم عمقا إذا بان لهم أن وسائل الإعلام تنقل شهادتهم. ولا كذلك من يعجبهم التظاهر تباهيا بنشر الإعلام لصورهم. إذ غالبا ما يركزون علي أوضاعهم أثناء الشهادة أكثر من التركيز علي مضمونها والإدلاء بما سمعوه أو عرفوه عن الجريمة، أو شاهدوه أثناء ارتكابها.

٨٥٧- وكلما كان المتهم شخصية معروفة لها دورها المشهود فى العمل العام، أو كان لها شهرتها في مجال الجريمة المنظمة، أو كان قد أتقن التخطيط لها أو برع في تنفيذها؛ وكان قضاة الجريمة لم يركزوا أذهانهم عليها بعد أن شنتها وسائل الأعلام المتزاحمة علي نشر كل تفصيلاتها، والطاغية في قوة تأثيرها، فإن محاكمة المتهم عن هذه الجريمة تتخذ صورة شكلية مجافية لإنصافها.

---

(1) Duncam v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

(2) ولا ينفي ذلك حق الصحافة فى دخول قاعة المحكمة لمراقبة وتسجيل ما يجرى فيها
Richmond Newspapers, Inc v.Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

ومما ينال من حيدة المحكمة كذلك، أن تفرض الجماهير سيطرتها عليها من خلال آرائهم التى يعبرون بها عن سخطهم على الجريمة، وثورتهم على مرتكبيها، وهياجهم داخل قاعة المحاكمة وخارجها طلبا للقصاص منهم، والتنكيل بهم، ولو عن طريق أوراق يطبعونها ويوزعونها على المارة.

ذلك أن المحاكمة الجنائية لا يقيمها تأثير ضار يكون عاصفاً بالوظيفة التى تقوم عليها، وعلى الأخص كلما كان من شأن هذا التأثير أن يفقد المتهمون اطمئنانهم، وأن يعجز الدفاع عن أن يقدم لهم المعاونة الفعالة التى يتوقعونها، وأن يتضاءل بالتالى احتمال الحكم ببراءتهم.

فلا تكون الجماهير الغاضبة غير معول هدم للحقيقية القضائية التى توازن –في محصلتها النهائية– أدلة الجريمة بتلك التى تنفيها، وتقابل شهادة الشهود ببعضها، وترجح ما تراه صائبا منها، فلا يكون الحكم ملونا بأجواء ملبدة، فرضتها الجماهير على المحكمة بقصد توجيهها وجهة بعينها تقدر هى صوابها، بعد أن طبعتها بتصورها الخاص، وبعواطفها المتأججة، وبنزوعها إلى البطش بالمتهمين. وهو ما ينافى حقيقة أن كل اتهام جنائى يقتضى تحقيقا هادئا يوزن فيه كل دليل بقدره. فلا تؤثر فيه عوامل لا صلة لها به، ويندرج تحتها تلك الأجواء الصاخبة التى تحيط بالمحلفين وبالدفاع، والتى يتعين على المحكمة أن تبذل جهدها لإجهاضها بما يكون ملائما من التدابير، كعزلها المحلفين والشهود فى أماكن تعصمهم من احتمال التأثير عليهم؛ وحجبهم كذلك عن الاتصال بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وتقييد المعلومات التى تنشرها في شأن الجريمة، وعلى الأخص تلك التى تنقلها عن المحامين والنيابة العامة ورجال الشرطة؛ إذا أساء نشرها للمتهمين، أو شوه سمعتهم، أو حرض آخرين عليهم، أو عرض للخطر الحماية القضائية للشهود التي تؤمنهم من كافة المخاطر التي تنال من حريتهم، أو التي تؤثر في شهادتهم([1]).

فإذا تعذر على المحكمة أن تتخذ مثل هذه التدابير، أو بان لها عدم جدواها، تعين أن تتم المحاكمة فى مكان آخر، وفى أجواء أفضل Changing the Venue of the trial حتى يتوافر للمتهمين الحد الأدنى من الحقوق التى يكفلها الدستور لهم، والتى يأتى الحق فى سماع أقوالهم فى مقدمتها.

([1]) Moore V. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923).

المبحث السادس

حق المواجهة

The Right to Confrontation

٨٥٨- ولأن الأصل فى كل محاكمة جنائية هو شفوية إجراءاتها حتى تكون المحكمة عقيدتها من التحقيق الذى تجريه بنفسها فى جلساتها؛ وكان التحقيق الابتدائى -وهو مدون بالضرورة- لا يحل محل المحاكمة فى أية مرحلة من مراحلها، ولا هو بديل عنها، بل يمهد لها، وقد لا يؤخذ به([1])؛ فإن مواجهة المتهم للشهود فى مرحلة التحقيق الابتدائى، لا تفيد النزول عن هذا الحق أثناء الفصل فى الاتهام([2]).

فضلاً عن أن مرحلة التحقيق الابتدائى يعيبها تسرعها، ونمطيتها، وعدم تعمقها حقائق الاتهام بما يحيط بجوانبها المختلفة، وتتسم كذلك بقصور معلوماتها فى شأن الجريمة، فلا يلم الدفاع بحقيقة أوضاعها بصورة كافية.

٨٥٩- وتفترض مواجهة الشهود، أن يكون بإمكان الدفاع تفنيد أقوالهم، ومقارعتها بالحجة التى تنفيها. فإذا كانوا غائبين، أو تعذر العثور عليهم، أو كانوا من غير المواطنين الذين أبعدتهم الدولة عن إقليمها حتى لا يناقشهم الدفاع عن المتهمين، فإن التعويل على أقوالهم يكون لغواً. ذلك أن تكذيبها فى هذه الأحوال -من خلال شرط المواجهة- يكـون غير متصور([3]).

٨٦٠- ولا يجوز بالتالى-وكأصل عام- تأسيس إدانة المتهم على أقوال لأشخاص تعذر حضورهم لمواجهتهم بالشهادة التى أدلوا بها، وتجريحها.

ذلك أن غيابهم ينفى فرص تعييبها، ويبقيها على حالها دون خوض فى دلالتها، ولا فى صحتها. وهو ما تأباه النظم العقابية جميعها التى تنظر إلى شرط المواجهة باعتباره جزءاً من

([1]) انظر فى ذلك ص ٦٠٢ من مؤلف الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض فى المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية- طبعة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية.

([2]) ومن قبيل النزول عن حق المواجهة أن تقرأ النيابة- بموافقة المتهم أقوالاً أدلى بها شاهد غائب فى إجراءات سابقة على المحاكمة، أو أن تقرأ النيابة- بموافقة المتهم - بيانا بالشهادة التى وقع عليها الشاهد والتى كان ليدلى بها لو كان حاضراً. ويعتبر كذلك نزولاً عن الحق فى مواجهة الشهود الذين أدلوا بشهادتهم فى غيبة المتهم، أن يختار المتهم بإرادته عدم الحضور أثناء محاكمته. وهو يتخلى كذلك عن هذا الحق إذا لم يطلب فى وقت ملائم مترجماً لترجمة أقوال شاهد لا يفهمها.

([3]) Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pointer v. Texas, 380, U.S. 400 (1965).

مكوناتها، وثيق الصلة بالحق فى الدفاع، وبالحق فى محاكمة منصفة يتوافر لكل متهم خلالها، الحق فى سماع أقواله. ومن ثم ينحصر إعمال شرط المواجهة في النظم العقابية دون غيرها. فلا يكون للعاملين المدنيين فى الدولة حق تطبيقه فى مواجهة رؤسائهم الذين فصلوهم من وظائفهم، وإن قال آخرون بأن هذا الشرط لازم، ولو كان الإجراء إداريا، كرفض قيد محام فى الجدول أو إسقاط عضويته فى النقابة بعد ثبوتها([1]).

٨٦١- كذلك تبطل كل شهادة حجبتها المحكمة عن الدفاع. ذلك أن إخفاءها يجهل بها، فلا تتاح فرص مواجهتها لبيان وجه الحق فيها. يؤيد ذلك أن شرط المواجهة مؤداه ألا تدار المحاكمة الجنائية بطريق الخداع. ومن صوره إخفاء النيابة لأدلة الجريمة التي بيدها عن متهمها، أو إخفاء المتهم عنها للأدلة التي يحوزها وتنفيها. ذلك أن حق كل من الدفاع والنيابة في الاطلاع عليها، حق أصيل. ويفترض هذا الحق أن يتبادلا كشفها إلي أقصي حد مستطاع عملا؛ علي تقدير أن قبض أحدهما في يده علي أدلة الجريمة وإخفائها عن الآخر، مؤداه أن يفاجأ بها أثناء المحاكمة بما يعجزه عن أن يوفر وقتا كافيا لبناء دعواه.

<u>ويظهر ذلك علي الأخص من النواحي الآتية:</u>

<u>أولاً</u>: أن المتهمين بالجريمة قد يشهدون بأنفسهم، أو يأتون بشهود لنفيها، بقصد تقليل مخاطر إدانتهم. فإذا قرروا إحضار الشهود الذين ينفونها، تعين عليهم إخطار النيابة بأسمائهم حتي تعد معلوماتها عنهم، وعن ماضيهم في الجريمة إن كانوا قد ولغوا فيها، ولتواجههم بنفسها لتجريح أقوالهم ونفي مصداقيتها. ولا يعتبر ذلك حملا للمتهمين علي الشهادة ضد أنفسهم بما يدينهم.

وقد تكون الأدلة التي بيد النيابة، والتي جمعتها قبل محاكمتهم، متكاملة قوية دعائمها. فلا يكون أمام المتهمين من خيار إلا التدليل علي غيابهم عن مسرح الجريمة لوجودهم مع آخرين في مكان آخر وقت الجريمة، أو تقديم شهود ينفون الجريمة عنهم، ولو كان لجوءهم لهؤلاء الشهود قد أفضي إلي كارثة حقيقية بعد أن تطرق الخلل إلي شهادتهم.

فإذا ما اختار المتهمون الركون إلي حجة غيابهم عن مسرح الجريمة وقت ارتكابها، كان عليهم إخبار النيابة بأسماء هؤلاء الآخرين الذين كانوا معهم، حتى تناقشهم النيابة وتدحض أقوالهم The notice of alibi.

([1]) United States v. Hicks (1930, CA9 Ca 1) 37 F 2d 289, 292.

ثانياً: لا يجوز للنيابة أن تتخلص مما بيدها من الأدلة التي يفيد المتهم منها، بالنظر إلي صلتها ببراءة المتهم من الجريمة التي اتهم بارتكابها Exculpatory evidence.

ذلك أن العدالة الجنائية لا يجوز هدمها من خلال إخفاء القرائن أو الأدلة الظرفية النافية للجريمة. وليس واجبا علي النيابة في هذا المقام، أن تقدم للمتهم ملفا كاملا بالقضية؛ وإنما يكفيها أن تمده بالأدلة التي يفيد منها، والتي يضر إجهاضها بحقه في محاكمة منصفة.

ومن ذلك إخفاء النيابة أدلة عن المتهم إذا كان من شأنها التدليل علي أن شهود النيابة لهم مصلحة في إدانته. ذلك أن الشهادة الكاذبة تؤثر بالضرورة في نتيجة الحكم، وتناقض كذلك شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا يمكن الاعتماد عليها، أو الاطمئنان لها، بالنظر إلي أثرها في توجيه المحكمة وتكوين عقيدتها إذا ظل كذبها خافيا عليها، خاصة إذا كان شهود النيابة ما كانوا ليشهدوا لصالحها لولا عرضها عليهم، أن تقلتهم من جريمة دخلوا فيها، أو أن تتهمهم بجريمة عقوبتها أقل من تلك التي ارتكبوها.

يؤيد هذا النظر أن المحاكمة الجنائية لا تتوخي أكثر من إطلاق سراح الأبرياء، وتقرير مسئولية الجناة عن جرائمهم. وكلما وجد بيد النيابة دليل لمصلحة المتهم، فإن كشفها عن هذا الدليل سلفا، يعجل الطريق إلي إظهار الحقيقة، أو علي الأقل قد يثير شكوكا لها وجاهتها حول مسئولية المتهم عن الجريمة التي اتهم بها.

ثالثاً: أن مواجهة الشهود إجراء يحتكم إلي العقل ومنطق الأمور، وما يتوخاه هو معرفة قدر الصدق في شهادتهم، حتي لا يؤخذ بالشهادة التي قام الدليل علي كذبها([1]).

٨٦٢- ومن ثم كان لكل متهم، حق في مواجهة شهود الاتهام، كي يناقشهم في أقوالهم ويقيم الدليل علي اضطرابها، أو تناقضها، أو تحاملها، أو وهنها. وله أن يعارضها علي الأخص بقرائن يقدمها، وبأوراق تكذبها، وأن يردها بغير ذلك من الوسائل التي تسقطها، كالتدليل علي زيفها ومجافاتها للحقيقة، سواء في كافة تفصيلاتها، أو في بعض أجزائها.

ولا يقصد بمواجهة الدفاع للشهود غير استجوابه لهم، لبيان وجه الحق في أقوالهم، بشرط ألا تكون الأسئلة التي يوجهها الدفاع لهم، مكررة أو لا صلة لها بالجريمة، أو منطوية علي التحرش بهم.

([1]) Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Smith v. I llinois, 390 U.S. 129 (1968); Alfred v. United States, 282 U.S. 687 (1931); In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

ولا كذلك تعمق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم علي الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك نيلا من مصداقيتهم، كالتدليل علي سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التعويل علي شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا حام البطلان حولها بالنظر إلي ما يحيط بها من ظنون يعتبرها أوساط الناس شكا معقولا في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلي الشهادة التي أدلوا بها، وعود عرضتها النيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قدم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيرا ما تنير الطريق إلي صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة([1])؛ وعلي الأخص إذا حملتهم بواعثهم –المخالفة للقانون– والتي يندرج التحامل علي المتهم تحتها– علي تشخيصه في طابور العرض كفاعل للجريمة أو كشريك فيها، ثم الشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاولة فضحها، مما يضر بحق الشاهد في كتمانها، خاصة إذا كان حدثا. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكا خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: علي أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السماعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أقر به بالمخالفة لمصلحته الشخصية. ذلك أن الشهادة السماعية في هاتين الصورتين تبدو موثوقا فيها. ويجوز الاعتماد عليها([2]).

خامساً: كذلك فإن حق المتهم في أن يظل صامتا، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقا دستوريا أصيلا، ولو كانت واقعة الجريمة ومرتكبيها، لم تتصل بعلم أحد غيره، ولا دليل علي جناتها إلا الشهادة التي حرص علي كتمانها. فإن لم يشهد بما رآه، فإن اعتباره مذنبا بناء علي هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم التنقيبية التي هجرتها الدول الديموقراطية، ويتمحض كذلك عقابا علي مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فادحة الثمن علي تمسكه بامتياز عدم الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا الفرض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلا أن تفند النيابة أقوالا لم يدل المتهم بها([3]).

([1]) Green v.McElroy, 360 U.S. 474 (1959).
([2]) Chambers v.Mississipi, 410 U.S. 284 (1973).
([3]) Griffin v.California, 380 U.S. 609 (1965).

سادساً: وفضلا عما تقدم، فإن حق الشخص في ألا يحرم من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة، يفترض ضمان حقه في سماع أقواله([1]). وأن يكون كذلك قادرا علي استخدام الوسائل الجبرية التي يملكها وفقا للدستور لاستدعاء شهوده الذين يقدر تعلق شهادتهم بالجريمة وإنتاجها في نفيها. ولا يكتمل حق المتهم في استعمال هذه الوسائل الجبرية، ما لم يكن من حقه أيضا أن يظهر بنفسه علي منصة الشهود لينفي بأقواله الجريمة التي تتهمه النيابة بها.

وهو يدلي دائما بشهادته إذا قدر أنها في مصلحته، وأنها تعينه علي دحض التهمة وتقويض عناصرها. بل إن الشهادة التي يدلي بها تعتبر في كثير من الأحوال أكثر أهمية من غيرها من وسائل الدفاع التي ترد التهمة علي أعقابها([2]).

وللنيابة أن تواجه هذه الشهادة من خلال أسئلتها التي تجرحها، وتنفي مصداقيتها، وفق الأسس ذاتها التي يركن إليها المتهم تشكيكا في مصداقية شهود النيابة. ذلك أن المواجهة في هذين الفرضين هدفها ألا يؤخذ بشهادة تحمل في ثناياها دلائل وهنها. بل إن حق المتهم في الدفاع بالأصالة عن نفسه، وأن يقدم -بكلماته- رؤيته الخاصة لواقعة الجريمة وظروفها، أكثر أهمية من الدفاع عنه بطريق الوكالة.

وكلما قرر المتهم أن يشهد بنفسه لنفي الاتهام، كان ذلك هو الوجه المقابل لاختياره عدم الإدلاء بشهادة قد يدان بسببها، بما مؤداه أن لكل متهم الحق في أن يظل صامتا، أو أن يختار الدفاع أصالة عن نفسه بمحض إرادته الحرة.

فإذا ما اختار الشهادة، قام حق النيابة في مواجهتها ولو كان قد أدلي بالشهادة بعد تنويمه مغناطسيا بقصد إنعاش ذاكرته عن الجريمة واستنهاض وقائعها الغائرة في ظلمة العقل، وإن جاز فرض قيود منطقية علي عملية التنويم هذه، كأن يشترط إجراؤها عن طريق أهل الخبرة الذين لا صلة لهم بالتحقيق، ولا مصلحة لهم فيه، حتي يتم بصورة مجردة لا انحياز فيها ولا إيحاء. وهو ما يقتضي أن يقوم الخبير بدوره في مكان لا يحضره غيره هو والشاهد.

كذلك فإن تسجيل المنوم لكل قول أدلي به الشاهد، مؤداه ضرورة معرفة الأسئلة التي وجهها له.

([1]) Rock v.Arkansas, 483 U.S. 44 (1987).

([2]) يفترض فى شهادة الشريك على الفاعل الأصلى للجريمة، أنها غير موثوق بها.
Presumptively unreliable.

ولضمان مصداقية هذه الشهادة، فإن الأقوال التي يدلي الشاهد بها أثناء التنويم، تجوز مقابلتها بغيرها من الأدلة، وإظهار أوجه التناقض فيها من خلال الأسئلة التي توجه إليه في إطار شرط المواجهة.

وبالتالي يعتبر مخالفا للدستور، إطلاق القول بأن كل أقوال يدلي شخص بها من خلال عملية تنويم يجريها خبير بها وبوسائلها، لا يجوز الأخذ بها، أو التعويل عليها في وصفها للجريمة وما اتصل بأوضاع ارتكابها؛ وإنما هي شهادة يجوز الاعتماد عليها، ولو بقدر كبير من التحوط في شأن دلالتها.

سابعاً: أن افتراض البراءة –ولو لم يرد به نص في الدستور– من الحقوق الجوهرية التي لا تقوم بدونها أية محاكمة منصفة. وإذ كان الأصل المقرر قانونا هو أن تبرهن النيابة بنفسها علي أن التهمة التي نسبتها إلي المتهم لها معينها من الأوراق، فقد تعين أن تصفو أذهان القضاة والمحلفين من كل تأثير لا يتصل بأدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم. فهذه الأدلة وحدها –بما في ذلك أقوال الشهود– هي التي يجوز مجابهتها والنظر فيها، وهي التي يتحدد علي ضوئها مصير الاتهام، ولا شأن لسواها بالتهمة من جهة إثباتها أو نفيها. فلا القبض علي المتهم ولا احتجازه قبل المحاكمة مددا متصلة، ولا تحديد شخصيته من خلال طابور عرض، بمجز في مجال التدليل علي التهمة وجوبا أو سلبا. وإنما هي الأدلة وحدها التي ينبغي النظر فيها وبناء الحكم عليها؛ لتكون مناقشتها والتدليل علي وهنها، أو انتفاء صلتها بالجريمة أو عدم انتاجها في إثباتها، حقًا لكل متهم لا يجوز إهداره([1]).

ويعتبر رفض المحكمة تنبيه هيئة المحلفين إلي دلالة أصل البراءة ومغزاه، مخالفا لفرائض المحاكمة المنصفة التي يتطلبها الدستور.

ثامناً: ولا ينال من حق المتهم في الاعتماد علي الأدلة وحدها للتدليل علي الجريمة التي اتهم بها، تعليق النيابة علي هذه الجريمة ووصفها لها بالفحش أو بمنافاة القيم الإنسانية، إذا لم يكن لهذا التعليق أثر علي تكوين عقيدة ما في شأن الاتهام، وكان القضاة قد نبهوا هيئة المحلفين أكثر من مرة إلي أن مهمتها تنحصر في تقييم أدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم، وأن أقوال النيابة أو تعليقاتها علي الجريمة، لا تعد دليلا علي أن المتهم قد ارتكبها([2]). خاصة وأن أقوال المتهم الختامية، هي التي تواجه كل تعليق للنيابة علي الجريمة، وتفند أدلتها.

([1]) Taylor v.Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).
([2]) Darden v.Wainwright, 477 U.S. 168 (1986).

تاسعاً: أن اللجوء للوسائل الجبرية لحمل الشهود عند الضرورة علي الظهور أمام المحكمة، يكفل لكل من النيابة والمتهم، عرض رؤيتهما في شأن الجريمة ومرتكبها، ليقرر القضاة أو هيئة المحلفين وجه الحق في أقوال شهودها .أو شهود المتهم. وكما أن للمتهم حق مواجهة الشهود الذين تعرض النيابة من خلالهم وجهة نظرها في شأن الجريمة ودوافعها وجناتها، فإن للنيابة أن تقدم شهودها هي لبناء قضيتها. ويرتبط هذا الحق في هاتين الصورتين بالوسائل القانونية السليمة([1]).

عاشراً: ويفترض حق المتهم في مواجهة الشهود الذين يشهدون ضده، أن يكون ماثلا بشخصه أثناء الفصل في الاتهام، ما لم تأمر المحكمة بطرده من قاعتها إذا أخل بنظام جلساتها بالنظر إلي ما يثيره من لغط وجلبة أو علي ضوء اللغة الجارحة التي يتحدث بها. ذلك أن الإدارة السليمة للعدالة الجنائية تتقدم حضوره، فلا يعود إلي قاعتها إلا إذا استقام سلوكا([2]).

حادي عشر: ويتوخي حق المتهم في مواجهة شهود النيابة ليس فقط توجيه أسئلة إليهم لبيان وجه الحق في شهادتهم، وإنما كذلك إيقاظ ضمائرهم وحملهم علي مواجهة القضاة وهيئة المحلفين حتي يرونهم بأعينهم، ويراقبون انفعالاتهم وتصرفاتهم، وهم علي منصة الشهادة، ويحكمون من ثم علي شهادتهم بالصدق أو بالبهتان.

ولا يجوز بالتالي أن يدان متهم بناء علي شهادة أدلي بها شخص في قضية سابقة لا صلة للمتهم بها([3])؛ ولا أن تقدم النيابة –كدليل ضد المتهم– أقوالا أدلي بها خارج المحكمة، ولا في مرحلة أولية من مراحل التحقيق معه، ولا تسجيلا صوتيا بأقواله. ذلك أن مواجهة المتهم لشهود النيابة في المحكمة ذاتها، وأمام قضاتها، يعتبر حقا دستوريا لا يجوز التفريط فيه. لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الأحوال التي تحمل فيها الشهادة التي لم يواجهها المتهم، دليل صدقها، كالشهادة التي يدلي المحتضرون بها Dying declaration، أو التي تدينهم بالنظر إلي مضمونها. إذ لا مصلحة لهم في هاتين الحالتين في الالتواء بالحقيقة أو تحريفها.

([1]) Washington v.Texas, 388 U.S. 14 at 19,(1967).

([2]) Illinois v.Allen, 397 U.S. 337 (1970).

([3]) لئن كانت المواجهة لا تتحقق في شهادة نقل محتواها عن محاضر محاكمة سابقة، إلا أن ثمة اتجاه يجيز التعويل عليها إذا تعذر الاهتداء لموطن أصحابها، أو قام الدليل علي وفاتهم، أو أصابتهم بمرض أقعدهم عـن الحركة. كذلك تقرر بعض التشريعات جواز الاعتماد علي البيانات التي يدونها التجار في دفاترهم في نطاق معاملاتهم التجارية مع بعضهم البعض.

David Fillman, The defendant's rights today, 1976, p.95.

ومن ثم كان الأصل هو أن يواجه المتهم شهود النيابة، حتي ينفي عن شهادتهم مصداقيتها. ويفترض ذلك أن يكون هؤلاء الشهود ماثلين أمام المحكمة يشهدون بما أدركوه بحواسهم، ما لم يكن المتهم قد نزل اختيارا عن الحق في المواجهة، أو فرط إهمالا في إجرائها.

ثاني عشر: أن تقرير حق المتهم في مواجهة الشهود الذين تأتي بهم النيابة ليس إلا تعبيرا عن قواعد القانون العام التي ترتد جذورها إلي عام (١٦٠٠).

وليس للنيابة بالتالي أن تقدم أحد الشهود إلي المحكمة، وأن ترفض في ذات الوقت مواجهته بالأسئلة التي يطرحها عليه المتهم. ولا يجوز كذلك أن يكون الحكم الصادر بإدانة شخص معين في جريمة سرقة أشياء تملكها الدولة، دالا بصفة قطعية علي أن من تلقاها بعد سرقتها، كان يعلم باختلاسها.

ذلك أن حق المتهم في مواجهة كل واقعة يجوز أن تتخذ دليلا ضده، يفترض بالضرورة ألا تكون هذه الواقعة ذاتها قد أثبتها اتهام سابق لم يكن المتهم طرفا فيه، ولم يخول حق دحضها والتدليل علي عكسها، ولم تعرض في حضوره ليناقشها ويدفعها.

ثالث عشر: وليس للمتهم أن يدعي علي المحكمة إنكارها لحقه في مواجهة الشهود، إذا كان هو قد أقنعهم بعدم الظهور أمامها. وليس للنيابة ولا لسلطة حكومية حق في إخفاء أسماء شهودها قولا منها بأنهم هم الذين أرشدوا سرا عن الجريمة، أو بأن معلوماتهم عنها لا يجوز كشفها بالنظر إلي صلتها الوثيقة بالأمن العام. إذ يتعين علي الدولة أن تفاضل بين تقديم أدلتها إلي المحكمة أو إسقاط التهمة عن المتهم.

وتصدق هذه القاعدة ذاتها علي التقارير التي تعدها أجهزة الشرطة عن نشاط غير مشروع، علي ضوء الشهادة التي أدلي بها أمامها، أشخاص لهم صلة بهذا النشاط. إذ لا يجوز أن تتستر هذه الأجهزة وراء سرية هذه التقارير لحجبها عن المتهم حتي لا يناقشها، وعلي الأخص كلما كان لبعض أجزائها صلة بالجريمة المدعي بها. وإنما يتعين كشفها للمتهم حتي لا يحرم من الحق في تجريحها. وهو حق هام يتعين ضمانه بكل الوسائل. بل هو من الحقوق الجوهرية التي لا يقتصر تطبيقها في الدول الفيدرالية علي الحكومة المركزية، وإنما تتقيد به ولاياتها كذلك بالنظر إلي قيمة هذا الحق في تحقيق موازين العدالة التي تختل بالضرورة إذا قام حكم الإدانة علي أقوال لم يواجهها المتهم، سواء كانت زائفة في حقيقتها، أم كانت أقوالا أدلي بها أحد شركائه، ولم يواجهها للطعن في مصداقيتها.

رابع عشر: وكلما غاب الشاهد أثناء المحاكمة، فإن الأخذ بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي في الجريمة لا يجوز، ما لم تبذل الحكومة كل جهد صادق لتأمين حضوره ثم خاب مسعاها.

وتعتبر كل ملاحظة يبديها أحد الشهود لهيئة المحلفين خارج قاعة المحكمة في شأن المتهم أو الجريمة المطروحة عليهم، عديمة الأثر ولا يجوز التعويل عليها([1]).

خامس عشر: أن مقابلة المتهم لشهود النيابة وجها لوجه Fáce to face confrontation ليس مطلوباً فى ضحايا الجرائم الجنسية، الذين لا يستطيعون أن يشهدوابما أصابهم من عدوان إذا كان المتهم به ماثلاً أمامهم يروعهم مجرد وجوده قبلهم. وهو ما دعا إلى ابتداع وسائل فنيه- كالدوائر التليفزيونية المغلقةClosed circut television- التي يدلى ضحايا هذه الجرائم من خلالها بشهادتهم بعد عزلهم عن المتهمين بارتكابها، ودون إخلال بحق هؤلاء فى مواجهة الشهادة التى يدلون بها للتدليل على كذبها. ويباشر المتهمون هذا الحق عن طريق الاسئلة التى يتلقونها من موكليهم ويطرحونها على هؤلاء الضحايا للتشكيك فى صدق شهادتهم([2]).

([1]) فلـو أن الحاجـب المـنوط به خدمة هيئة المحلفين أثناء انعقاد جلساتهم، أخبرهم بأن المتهم رجل شرير وفاسد ولا يجوز التردد في إدانته، وأن خطأهم في قرار الإدانة يجوز تصحيحه أمام محكمة الاستئناف، فإن قرار الإدانة الصادر عنهم بعد ذلك، يعتبر باطلا.

([2]) Kentucky v. Stincer, 482. U.S. 730 (1987); Maryland v. Graig, 497 U.S. 836 (1990).

المبحث السابع

تشخيص الإتهام

Specifity af accusation

٨٦٣- يعتبر إخطار المتهم بالتهمة الموجهة إليه، واقعا في نطاق الحد الأدني من الحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وأحد الفرائض التي تتطلبها المحاكمة المنصفة بشرط أن يكون هذا الإخطار قاطعا بطبيعة التهمة، وبأدلتها، وأن يصاغ في عبارة واضحة لا غموض فيها، وبلغة يفهمها أهلها.

ذلك أن المحاكمة جهد يبذل بين فرقاء من أجل تحقيق المسائل المتنازع عليها، وتقرير الحقيقة القضائية بشأنها في إطار من المنطق وحكم القانون. ويفترض ذلك أن يكون الاتهام واردا علي وجه التخصيص، وأن يصاغ في عبارة مركزة، وأن يكون مدونا مشتملا علي كل واقعة تقوم بها الجريمة.

وغموض الاتهام مؤداه أن يجهل المتهم أبعاده، وألا يخطر بصورة ملائمة بمحتواه، فلا يكون كافيا لتحديد الجريمة والمسئولين عنها.

ويعتبر الاتهام موافقا لشرط الوسائل القانونية السليمة إذا أحاط بعناصر الجريمة، ولو كان بالإمكان أن يصاغ بطريقة أفضل. ذلك أن مواجهة المتهم للتهمة، تفترض أن يحيط علما بها، وأن يفهمها بكافة أبعادها، وأن يعد ما يراه من أوجه الدفاع اللازمة لنفيها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يفترض علمه بها، بل يكون هذا العلم يقينيا، وأن يصاغ بلغة يستوعبها أهلها دون إغراق في المفاهيم القانونية العسرة أو مصطلحاتها المعقدة، وبما يجرد الجريمة المدعي بها من العناصر الزائدة عليها، أو التي لا قيمة لها، أو المنطوية علي التعميم، كالقول بأن المتهم ناصر خطا" أيدولوجيا مقيتا، أو عقد العزم على الإجرام يبغيها عوجا، أو عمل على هدم القيم العليا التى آمن المواطنون بها. إذ ليس في مثل هذا القول إخطار بجريمة بذاتها ارتكبها، ولا هو إعلان عن سببها بلغة يفهمها أوساط الناس(١).

ولا يفترض بالتالي التطابق بين المعاني التي أوردتها صحيفة الاتهام، وتلك التي يفهمها المتهم والمحلفون منها، إذا غمض أمرها وشق مضمونها عليهم.

وإنما يكون لكل متهم، ولكل واحد من المحلفين، تصوره الخاص في فهمها. فلا تكون حقيقة الاتهام مقطوعا، وإنما يتخبط أوساط الناس في معناه، ولا يقفون بالتالي علي مقاصده.

---

(١) يعصم تحديد سبب الاتهام، من محاكمة المتهم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها.

ولا يفيد ما تقدم، أن لكل تهمة قوالبها التي يتعين صبها فيها، وإنما الأدق أن يقال بأن لكل جريمة أركانها، وأن الاتهام بالجريمة يقتضي بيان مكوناتها، ووجه نسبتها إلي المتهم. ذلك أن إلقاء شخص في السجون بغير حكم قضائي، لا يقل سوءا علي حكم بإدانته بناء علي تهمة شابها الغموض، أو بناء علي تهمة خلا منها قرار الاتهام.

المبحث الثامن

الحق في إبطال الإقرار بالجريمة

٨٦٤- يبطل كل إقرار بالجريمة ينتزع قسراً، أو بالخداع، أو بالإغواء. ذلك أن الإقرار في هذه الصور جميعها لا يعتبر إراديا([1]).

وليس ثمة قاعدة جامدة تحدد الأحوال التى يبطل فيها الإقرار بالجريمة. وإنما يتعين أن ينظر في تقدير صحة هذا الإقرار أو بطلانه، إلي كل حالة علي حدة، فلا يكون صحيحا إلا إذا تحرر من عوامل القهر جميعها، والتي يرتبط مناط تحققها أو تخلفها، بنوع ونطاق الضغوط التي تعرض لها من أقر بالجريمة، وما إذا كان قد قاومها أو انسحق بأثرها.

ذلك أن الأصل في الإرادة، هو تحريرها من القيود غير المبررة. ولا يجوز بالتالي تحويرها أو حملها علي غير وجهتها، أو التأثير فيها بما يخرجها عن مقاصدها، ولا تحريفها عن طريق إكراه ينال منها بما يقوض الحالة النفسية التى كان المقر عليها وقت إقراره. فالإقرار في هذه الصور جميعها-ولو لم يكن نتيجة تعذيب- لا يعد تعبيرا حرا عن إرادة واعية تدرك حقيقة اتجاهها. وإنما هي إرادة داخلها التواء يبطلها([2]).

ويبطل بالتالي كل إقرار بالجريمة ينجم عن إغواء أو إغراء أو تهديد للشخص في عرضه أو ماله، أو ترويعه ببأس السلطة وقدرتها علي البطش به فلا يكون هذا الإقرار تعبيرا عن إرادة حرة لها سلطانها التي يكون بها المقر مدركا حقيقة هذا الإقرار ومضمونه وأثره، شأن الإقرار بالجريمة شأن غيره من أدلتها التي لا يجوز قبولها إلا وفق الوسائل القانونية السليمة.

٨٦٥- ولئن كان الأصل في رجال الشرطة وغيرهم من القائمين علي تنفيذ القانون، أن تكون أعمالهم واقعة في إطاره؛ وكان حصولهم علي إقرار بالجريمة من أشخاص لا شأن لهم بها، مؤداه أن يظل جناتها الحقيقيون بعيدين عن يد القانون([3])؛ وكان لا يجوز للقائمين علي تنفيذ القانون أن تدفعهم رغبتهم في مطاردة الجناة، إلي الإخلال بحقوق الأبرياء، ولا إهدار كرامتهم وحقهم في الحرية، عن طريق انتزاع إقرار منهم يدينهم بجريمة لا صلة لهم بها؛

([1]) Developments in the law- confessions, 79 Harv. L. Rev. 935, 954- 59 (1966).

([2]) Chambers. V. Florida, 309 U.S. 227 (1940).

وقد قضى فى هذه القضية بأن خمسة أيام من الأسئلة المتصلة التاليه لقبض بغير إذن والمقترن باحتجاز انعزل فيه الشخص عن آخرين، تبطل إقراره.

([3]) Spano v.New York, 360 U.S. 315 (1959).

وكان من المقرر قانونا أن القواعد المعاصرة لتطور العدالة الجنائية وإدارتها، يؤذيها إيقاع المتهمين في ضغوط نفسية أو بدنية تنهار بها إرادتهم، فلا يملكونها؛ وكان علي النيابة بوصفها سلطة الاتهام أن تقيم بنفسها، وبما هو مشروع من الوسائل، الدليل علي وقوع الجريمة ونسبتها إلي من تتهمهم بارتكابها، فقد تعين أن يكون موقفها من الجريمة محايدا، وأن يكون الدليل عليها قائما علي مصادر لها معينها من الأوراق، وواقعا في إطار حكم الدستور والقانون. فإذا نجم هذا الإقرار عن إكراه، بطل بكل آثاره، ولو كان مطابقا للحقيقة في كل أجزائها.

٨٦٦- وإذ كان هو تساند أدلة الجريمة فيما بينها وتضافر حلقاتها ليشد بعضها أزر بعض أصلا في المواد الجنائية، فقد تعين نقض حكم الإدانة إذا تطرق الخلل لأحد الأدلة التي قام عليها قضاء الحكم، ولو كانت الأدلة الباقية بعد استبعاد الدليل الباطل، كافية في مجموعها لحمل هذا الحكم.

The credit and weight of the voided evidence.

٨٦٧- ويتخذ إكراه المتهمين على الإقرار بالجريمة، صوراً شتي يندرج تحتها تعذيبهم؛ أو ضربهم أو تعليقهم من أرجلهم؛ أو إغراقهم بالمياه؛ أو تهديدهم بما يخيفهم فى أنفسهم أو أموالهم، أو تعريض ذويهم لمخاطر لها بأسها؛ أو إرهاقهم بضغوط عقلية Mental أو نفسية لا قبل لهم بتحملها([1])؛ أو تغييبهم؛ أو حقنهم بأمصال تعطل إرادتهم، أو تصور لهم الأمور على غير حقيقتها؛ أو إسكارهم بقصد التأثير على وعيهم Drug- induced statements، أو بعزلهم نهائيا عن الاتصال بأصدقائهم أو بمحامين يخفون لنجدتهم، أو ترويعهم؛ أو استجوابهم مدداً طويلة، وبصورة متلاحقة([2]) Prolonged Interrogation.

كذلك يبطل الإقرار بالجريمة إذا صدر عن مختل عقلياً؛ أو عن شخص غير متوازن عاطفياً؛ أو عن ناقص للأهلية لا يقدر للأمور عواقبها؛ أو بعد مواجهة المقر بأدلة تم التحصل عليها بطريق غير مشروع.

([1]) ومن بين الضغوط العقلية -وهى أحياناً أسوأ أثراً من الإيذاء البدنى- أن يودع المشتبه فيه أو المتهم فى زنزانة مع جثة المجنى عليه.

كذلك فإن الشخص الذى يعزل عن كل دعم من أصدقائه وأقربائه فلا يحظى بمساندتهم الأدبيه، ويتعرض لأسئلة مطولة، ويجهل حقوقه، يقع تحت ضغوط نفسيه لا تقل سوءا عن التعذيب البدني

Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1966).

([2]) Askcraft v.Tennessee, 322 U.S. 143 (1944); See also, Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

٨٦٨- وليس ثمة معيار عام تتحدد على ضوئه أحوال بطلان الإقرار بالجريمة، وإن تعين أن يؤخذ فى هذا الشأن بكافة العناصر التى تلابس الإقرار وتحدد ظروفه. وبوجه عام يبطل الإقرار إذا صدر عن أشخاص بفعل ضغوط مارستها السلطة قبلهم؛ أو كأثر لطغيان قوتها عليهم؛ أو بعد تقربها منهم واستمالتهم إليها، والتظاهر بتعاطفها معهم.

ويتعين به دوما أن توازن الضغوط التى تعرض المقر لها، بقدرة المقر على تحملها للنظر فى صحة أو بطلان إقراره([1]). ويدخل دائما فى تقدير الإكراه، سن المكره ودرجة ذكائه، وإن جاز القول بأن مجموع الظروف التى تحيط بالإقرار The totality of circumstances، هى التى تحدد أوجه بطلانه أو صحته([2]). ويدخل فى هذه الظروف، القبض غير المشروع على المقر والحبس المنعزل وحرمان المقر من الاتصال بمحام، ومنعه من الاتصال بأصدقائه، واستعمال طرق احتيالية للتحصيل على الإقرار.

٨٦٩- على أن الإقرار بالجريمة وإن انتزع عنوة وبطل بالتالى، إلا أن إقراراً لاحقاً بارتكابها تجرد من الضغوط على اختلافها، قد يؤخذ به باعتباره صادراً عن إرادة حرة لا عوار فيها. ويفترض ذلك أن يكون الإقرار اللاحق نقيا من كل صور القهر التى يحمل بها المقر على ما لا يرضاه.

فإذا تأثر المقر فى الإقرار اللاحق، بأجواء الفزع التى عايشها فى الإقرار الباطل، بطل هذا الإقرار بدوره. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان الإقراران الأول والثانى قد تعاقبا خلال فترة زمنية قصيرة يرجح معها القول بأن الإقرار الثانى بالجريمة، ما كان ليصدر لولا أن المقر لا زال يتخيل صور القهر التي تعرض لها لانتزاع إقراره الأول بها، فلا يصفو ذهنه منها، وإنما تطارده عوامل القهر السابقة بأهوالها وأشباحها وعمق وطأتها، ومخاطر فرضها من جديد

فلا يكون الإقراران المتتابعان غير نتاج عملية واحدة، بدأتها السلطة بطغيانها لتعطل إرادة المقر، وأنهتها بأصداء أشكال القهر التي باشرتها من قبل، وتداعياتها الخطيرة.

---

(١) ما يكون مؤثراً فى شخص ضعيف الإرادة، قد يكون عديم الأثر فى مواجهة مجرم محترف إلا أن وجهة النظر هذه يناقضها أنه حتى لو كان الجانى محترفاً، إلا أن الظروف التى يدلى فيها بإقراره والتي تعطل إرادته لصورة غير منصفه The unfair and coercive context هى التى يجب التعديل عليها.
Hayness v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

(2) Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49 (1962); E. g. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966).

ويتعين بالتالي أن ننظر إلي الإقرارين باعتبار أن ثانيهما ليس إلا اتصالا بأولهما، وأنهما نتجا معا عن العوامل المؤثرة ذاتها التي قام عليها بطلان الإقرار الأول بالجريمة.

وهو ما يعني قيام قرينة قضائية مؤداها أن ذهن المقر بالإقرار الثاني كانت تختلط فيه الضغوط التي أفرزت الإقرار الأول؛ وأن الإقرارين بالتالي واقعين في إطار عوامل القهر ذاتها وإن كانت مباشرة في أولهما، وغير مباشرة في الإقرار اللاحق.

٨٧٠- وكلما بطل الإقرار بالجريمة لصدوره عنوة أو تحايلا، فإن كافة الأدلة التي أعان هذا الإقرار علي كشفها، تبطل كذلك.

ولا يجوز بالتالي أن يؤسس عليها حكم بالإدانة، حتى لا يكافأ القائمون بالعمل العام علي ترديهم في مخالفة القانون من خلال انتزاعهم لإقرار باطل بالجريمة، ثم الحصول بعدئذ علي ثماره. ذلك أن الشجرة المحرمة لا تنتج غير ثمار فاسدة لا يجوز أكلها.

والأدلة الباطلة يتعين قمعها، سواء كان بطلانها متأتيا من تأسيسها علي إجراء باطل، كالتحصل عليها بناء علي إذن باطل بالقبض أو التفتيش؛ أم كان هذا البطلان قد نجم مباشرة عن تصيدها بوسائل غير قانونية، كالأدلة التي تم اصطناعها بالتزوير؛ أو بوسائل غير آدمية تصادم الضمير الجمعي([1]). كضخ مادة طبية في معدة إنسان Stomach Pump للحصول منها علي أقراص المورفين التي كان قد ابتلعها، حتى لا يقبض عليه متلبسا بإحرازها. ذلك أن النيابة -في ظل النظم الإختصاميه للعدالة الجنائية Accusatorial and not inquisitorial system - يتعين عليها أن تؤمن دليل الجريمة استقلالاً عن كل الضغوط وانفصالاً عنها، حتى يكون الدليل ثمرة جهد مشروع([2]).

([1]) ولا كذلك أخذ عينة من دم شخص بواسطة طبيب حتي يقف القائمون بالتحقيق في حادثة تصادم مثلا علي ما إذا كان قائد السيارة التي تسببت في الحادث، مخمورا وقت قيادته لها.

([2]) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

المبحث التاسع

صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي

٨٧١- لا يجوز في إطار الاتهام الجنائي، مخالفة شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلي الأخص من النواحي الآتية:

* أن يدان المتهم بناء علي قرينة قانونية يفرضها المشرع بصورة تحكمية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية، أنها عملية عقلية منطقية يجريها المشرع كي يستخلص واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل عليها. ويفترض لجواز الاحتجاج بالقرائن القانونية في المجال الجنائي، أن تقوم بين هاتين الواقعتين صلة منطقية تتحدد علي ضوء الخبرة العملية، لا من منظور مجرد.

فإذا لم تكن ثمة صلة بين هاتين الواقعتين، أو كانت صلة واهية، بطل الأخذ بالقرينة القانونية شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي يتحدد مضمونها علي ضوء المفاهيم الراجحة عملا، وإن كان المشرع في القرينة القانونية هو الذي يصوغ حكمها؛ والقاضي في القرينة القضائية هو الذي يستخلصها. لتتمحض القرينة في هاتين الصورتين عن استنباط للواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة في إطار من المنطق وحقائق الأشياء التي تزخر بها الحياة العملية([1]).

* لكل متهم في جناية حق الظهور بنفسه أمام المحكمة، ليس فقط لمواجهة شهوده، ولا لمجرد التعليق علي أدلة الاتهام ومحاولة نفيها، وإنما أصلا لبناء خط دفاع يسقط التهمة من أساسها من خلال تعظيم ثغراتها، ولو كان محاميه حاضرا.

* لا يجوز في أية حال أن يقيم المشرع الجنائي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها Irrefutable presumption ، ليفترض بها- بصفة نهائية لاتقبل الجدل - تحقق واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها([2]).

* تتحدد ضوابط المحاكمة المنصفة علي ضوء معطياتها التي أقرتها الأمم المتحضرة وبما يوفر للقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وسائل حمايتها.

([1]) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Manley v. Georgia, 279 U.S. 1 (1929); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

([2]) Stanely v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

* الحكم في الخصومة الجنائية هو نهاية مطافها، ولا يجوز بالتالي أن يؤسس علي أفعال لا يجوز تجريمها، أو علي دليل غير جائز القبول، أو لم يكن كافيا للتدليل علي التهمة وفق أركانها التي حددها المشرع.

* لكل متهم -ولو قبل محاكمته- الاتصال بمحاميه وبشهوده، وبأوراقه التي يقدر اتصالها بالاتهام، وإنتاجها في نفيه.

الفصل التاسع
ضوابط تفسير النصوص الجنائية

٨٧٢- تؤثر النصوص الجنائية في الحرية الشخصية، وكذلك في حقوق الملكية، وتنال من الحق في الحياة.

وكل تأويل لها بما يخرجها عن الدائرة التي قصد المشرع إلي حصر تطبيقها في نطاقها، يشوهها ويخرجها عن حقيقة المقاصد التي ابتغاها المشرع منها، ويعطيها غير المعاني التي أقام عليها هذه النصوص.

٨٧٣- ومن ثم كان تفسير النصوص الجنائية، مقتضيا تحريا في حقيقة معانيها، وبيانا جليا للسياسية التي اختطها المشرع في شأنها، وقائما علي ضوابط منطقية أهمها:

أ) أن النصوص الجنائية تقوم علي القهر من خلال العقوبة التي تفرضها، ولا يجوز تطبيقها بطريق القياس علي أحوال لم تشملها هذه النصوص.

ويتعين بالتالي حصرها في دائرة تطبيقها التي قصدها المشرع، وأن يتم تفسيرها في حدود ضيقة، ما لم يكن من شأن هذا التفسير تقرير حلول تأباها حقائق العدل وترفضها.

ذلك أن سلطة فرض العقوبة الجنائية لا يملكها إلا المشرع، وبيده وحده أن يؤثم الأفعال التي يقدر خطورتها، وفي الحدود التي يراها، وبما يوفر للمخاطبين بها، إخطارا كافيا بمضمونها يعرفهم بحقيقة الأفعال التي نهاهم عنها وكذلك بتلك التي طلبها منهم.

ولا يجوز بالتالي تحريفها من خلال فرطحتها وتطبيقها علي أحوال لا تسعها، وإلا كان ذلك إحداثا لجرائم لا يعرفها المشرع، أو يقصد إليها، وتقريرا لصور جديدة من الجزاء لم ينص عليها.

ب) يؤثم المشرع من خلال التجريم سلوكا يراه غير مقبول إذا أتاه الخاضعون لأوامره. وهو يعبر بذلك، ومن خلال عباراته التي يصوغها في سياق معين، عن مظاهر سلوكهم التي يرفضها وتلك التي لا يمنعها.

ويجب بالتالي أن تعطي كل عبارة تضمنها نص جنائي، دلالتها، فلا تحمل قسرا علي غير المعني المعتاد لها، أو بما يفصلها عن عبارة أخري تتكامل معها.

ومن ثم لا يجوز تأويل عبارة بما يحور معناها، أو يرهق دلالتها، أو يخرجها عن سياقها، أو يفصلها عن أجزاء تتضامم معها، أوليها بما يجاوز حقيقتها، ما لم يكن المعني

المعتاد للعبارة في سياقها الواردة فيه، منافيا مقاصد المشرع منها، إذ يجب عندئذ حملها علي الأغراض التي توخاها.

ج) يتعين أن يعطي للكلمة عينها -وبغض النظر عن موضعها من النصوص الجنائية التي ترددها- تفسيرا واحدا، ما لم يكن للكلمة الواحدة في سياق معين -وعلي ضوء الأعمال التحضيرية- معني مغايرا لها في سياق آخر، وبشرط أن يؤخذ -ولمصلحة المتهم- بالمعني المغاير.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "متي أورد المشرع مصطلحا معينا في نص ما لمعني معين، وجب صرفه إلي هذا المعني في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح([1]).

د) يتعين أن يتقيد القاضي بعناصر الجريمة في الصورة التي أخرجها المشرع بها، ما لم تكن هذه الجريمة مجرد ترديد أو تقنين لنص سابق عليها، وكان هذا النص متضمنا عنصرا إضافيا لهذه الجريمة. إذ يتعين عندئذ أن يؤخذ في تحديد مفهوم تلك الجريمة بعناصرها القائمة، وكذلك بتلك التي أغفل المشرع بيانها؛ كلما قام الدليل من قرائن الأحوال علي أن المشرع لم يقصد إلي إجراء تغيير في نموذجها السابق.

هـ) إذا كان النص الجنائي غامضا، تعين علي القاضي أن ينظر إلي السياسة التشريعية التي صدر هذا النص علي ضوئها، أو التي انطلق منها؛ وأن يأخذ كذلك بمفاهيم القانون العام في مصطلحاتها وتعاريفها ومبادئها، وأن يجريها علي هذا النص ليزيل خفاء معانيه، وبشرط أن يفسر لمصلحة المتهم كل غموض في مقاصد المشرع يثير شكا معقولا حول حقيقتها.

و) وقوع تغيير كبير في تعبيرين حواهما جزآن مختلفان من قانون واحد، مؤداه أن المشرع قصد أن يعطي هذين التعبيرين معنيين متغايرين.

(ز) جواز تأويل عبارة النص مع وضوحها. ذلك أن العبارة الواضحة لا يجوز تحريفها لأنها تستبعد ماعداها.

ح) كلما حدد المشرع أحوالا بعينها استثناها من مجال سريان نص جنائي، فإن إلحاق غيرها بها، يكون محظورا.

([1]) القضية رقم ٢١ لسنة١١ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩١/٤/٦- قاعدة رقم ١/٣٩- ص٣٢٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ط) سريان النصوص الجنائية في أحوال بعينها، لا يلحق غيرها بها، إلا إذا نص المشرع علي تطبيقها في الأحوال التي حددها، وكذلك في غيرها مما يندرج تحتها. ويتعين عندئذ أن تكون المسائل المندرجة في عموم المسائل التي حددها، من ذات طبيعتها، وأن تشملها كذلك مقاصد التجريم التي عناها المشرع.

ي) لا يجوز تفسير النصوص الجنائية علي نحو ينقل عناصر الجريمة -في مجال إثباتها- من النيابة العامة إلي المتهم.

ك) لا يجوز أن يستخلص القاضي من قراءة النصوص الجنائية، قرائن لا وجود لها فيها، وإنما يتعين لجواز الأخذ بها، أن يكون المشرع قد صرح بها وبسطها بمفاهيم منطقية.

٨٧٤- وضوابط تفسير النصوص الجنائية هذه، غايتها ألا يتخذ القاضي من التفسير مدخلا لمسخها من خلال مط كلماتها وفرطحتها حتى تنداح إلي غير دائرة الأفعال التي قصد المشرع إلي تأثيمها، وبما يناقض مقاصده من التجريم، ويتمحض في النهاية عدوانا علي الشرعية الجنائية التي لا يجوز معها فرض جريمة ولا تقرير عقوبة، ليس لها أصل في قانون([1]).

([1]) M. Cherif Bassiouni, Substantive Giminal law, 1978, pp. 63- 65.

الفصل العاشر

الوسائل القانونية السليمة فى غير نطاق الاتهام الجنائى

٨٧٥- يحتجز المنحرفون عقليا، والمضطربون عاطفيا، والمصابون بالصرع، والشابقون أو المهووسون جنسيا فى أماكن لرعايتهم بقصد احتوائهم والسيطرة على أفعالهم. ويتم حرمانهم من حريتهم وفقا لنظم مدنية لا جنائية تتوافر لهم فيها الحماية التى يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة.

وقد يودعون فى هذه الأماكن مددا أطول من تلك التى يقضيها الأسوياء فى السجون جزاء الجرائم ذاتها.

ويتعين بالتالى ألا تعرضهم هذه النظم لمخاطر غموض أحكامها، واتساع معانيها، وتعدد معاييرها واضطرابها، ليطبقها القائمون على تنفيذها بصورة انتقائية، وبيد تحكمية تختار بنفسها ما تراه من الضوابط التى تخضعهم لها، بما يعجز السلطة القضائية عن مراقبتهم فيها، بالنظر إلى خلو النظم التى يطبقونها من خاصية اليقين التى تنسبط على كافـة أحكامها، وتحدد محتواها.

ويزيد من خطورة هذه النظم، أن دائرة تطبيقها، عريضة فى اتساعها، لأنها تشمل السيكوباتيين، والمصابين بوهن فى قدراتهم العقلية، والعاجزين عن السيطرة بأنفسهم على أفعالهم، والمضطربين عاطفيا أو جنسيا، والذين اعتراهم عارض يمنعهم من حسن تقدير الأمور والنظر فى عواقبها، وبوجه عام الذين يرجح على الظن، مخالفتهم لقيم الجماعة واختراقهم تقاليدها لعوارض عقلية أو نفسية.

فهؤلاء جميعا قد يتقرر إيداعهم فى أماكن ترعاهم وتعيد تأهيلهم وتراقبهم فى خطاهم، وتقوم اندفاع نزواتهم.([1])

وبوجه خاص كلما كان سلوكهم دالا على رجحان انفلاتهم بدنيا أو عصبيا أو جنسيا، وتعديهم على آخرين، وهم لا يدركون حقيقة أفعالهم.

٨٧٦- ولأن خاصية اليقين شرط فى القوانين الجنائية التى يطبقها المشرع على الأسوياء، فإن سريانها فى شأن المعوقين فى قدراتهم العقلية والنفسية، لا يقل أهمية، وربما كان أعمق ضرورة.

([1]) Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715, 723 (1972); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

ويتعين بالتالى تقرير معايير واضحة وصارمة تجزم بالأشخاص الذين لا يستطيعون التحكم فى تصرفاتهم بغير كبحهم فى أماكن تأويهم، وأن تبين كذلك شروط إيداعهم فيها، وقواعد معاملتهم، وتعيين أوصياء عليهم، لضمان حماية حقوقهم التى كفلها الدستور. وهي حقوق يندرج تحتها حظر إقامتهم جبراً فى هذه الأماكن، بغير سماع أقوالهم، وتولى محام موكل من قبلهم، مهام الدفاع عن حريتهم فى مواجهة خطر تقييدها مددا طويلة قد تستغرق حياتهم بكاملها.

٨٧٧- ولا يجوز فى أية حال إيداعهم فى مكان ما، قبل أن تخطرهم الجهة المختصة بعزمها على بدء إجراءاتها فى شأن احتجازهم به أو إطلاق سراحهم، حتى يتحوطوا من احتمال تقييد حريتهم أو تعطيلها إذا صدر الأمر باحتجازهم فيها.

فإذا تم إيواؤهم بها بعد سماع أقوالهم، وتحقيق دفاعهم، ومواجهة كافة الأدلة المؤيدة لتعطيل حريتهم -والفنية منها بوجه خاص- ظل من حقهم وفقا للدستور، الاتصال بذويهم وبأصدقائهم وبمحاميهم وبغيرهم، ومخاطبتهم برسائل لا تجوز مراقبتها، وإن جاز حرمانهم من حق الاقتراع، ومن تولى العمل العام، ومن العضوية فى هيئة المحلفين.

وقارن هذا التطور فى مفاهيم الوسائل القانونية السليمة التى لا تجيز اعتقال حريتهم دون ما ضرورة تقوم أسبابها من عوارض حقيقية تحيط بهم، ويفقدون بسببها إرادة الفعل أو الامتناع، الإيمان بضرورة اتخاذ التدابير الملائمة التى يتطلبها علاجهم من الأمراض العضوية والنفسية التى يعانون منها -ليس تفضلا- وإنما كحق متكامل الأركان، يتوخى مواجهة أوضاعهم هذه، بما يصححها، ويرد عنهم -وعلى الأقل- احتمال تدهورها.

وجاز بالتالى للجهة التى تأويهم -ومن خلال إشرافها عليهم- أن تكلفهم ببعض الأعمال التى لا تسوء بها أوضاعهم، ولا يصل إرهاقها إلى حد الإخلال بالمعايير الإنسانية التى تحفظ آدميتهم وكرامتهم، والتى لا يجوز تحريفها عن وجهتها، ولو من خلال أجر يقابل هذه الأعمال.

فإذا قام الدليل على أن إيداعهم فى أماكن إيوائهم، كان بغير حق؛ أو صدر من جهة لا ولاية لها؛ أو اتصل بإجراءاتها خطأ لا يغتفر، فإن الإفراج عنهم يكون واجبا. ذلك أن إيداعهم فى تلك الأماكن، مؤداه احتجازهم بها بالمخالفة للقانون.

فإذا كان هذا الاحتجاز مخالفا ابتداء لأحكامه، أو كان قد تم أصلا وفقا للقانون، ثم طرأ عارض أدي لزوال سنده، كأن استعاد المحتجز قواه العقلية، لم يعد ثمة مسوغ لإبقائهم فى تلك الأماكن.

٨٧٨- وإذ كان الإيداع فى أماكن الإيواء ،يتم وفقا لنظم مدنية، فإن الجرائم التي يقارفها المحتجزون السابقون بعد إطلاق سراحهم، تجيز احتواءهم من جديد فى هذه الأماكن، إذا ظل الخلل فى قدراتهم عوارضهم العقلية والنفسية متصلاً بهم. فإذا كان قد زال أثناء ارتكابهم الجريمة، كان للدولة أن تعاقبهم جنائيا عنها. ولا يعتبر ذلك عقابا لهم عن الفعل الواحد أكثر من مرة. ذلك أن الإيداع الأول تم وفقا لتنظيم من طبيعة مدنية. ولا كذلك فرض الجزاء الجنائي أكثر من مرة عن الجريمة عينها، إذ يفترض هذا الجزاء توقيعه بالوسائل القضائية ووفق نظم جنائية بطبيعتها.

٨٧٩- ويجوز كذلك أن يودع المدمنون تعاطي المواد المخدرة Drug Addicts، أو المهددون بخطر الإدمان على تعاطيها، إذا كانوا قد اعتادوا استعمالها، في أماكن تأويهم لعلاجهم من مخاطر الإدمان واحتمالاته. ويفقد هؤلاء الأشخاص حريتهم بإيداعهم جبراً عنهم فى الأماكن التى تأويهم، وعلى الأخص إذا كان علاجهم من الإدمان ومخاطره، يتم وفق برامج جبرية لا ترخص فيها، وتقتضى بقاءهم فى الأماكن التى يحتجزون بها فترة قد يصل مداها إلى ما يزيد على الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التى ارتكبوها قبل إيداعهم. وقد تطول مدة الإيداع، ولو لم يكن ثمة جريمة وقعوا فيها.

وسواء تم الإيداع بقرار قضائى، أو بقرار من الجهة الإدارية، فإن النظم المدنية -لا العقابية- هى التى تحكم هذا الإيداع، بما لا إخلال فيه بالحقوق التى كفلتها نصوص الدستور لهم، سواء فى السجون أو فى غيرها من أماكن إيوائهم.

وهى حقوق يندرج تحتها الحق فى سماع أقوالهم، وحضور محامين للدفاع عنهم بعد إخطارهم بحالتهم وإمكان زجهم فى هذه الأماكن.

وكذلك الحق فى عدم جواز حملهم على الإقرار بأن شروط الإيداع بها متوافرة فيهم. فضلاً عن الحق فى استدعاء شهودهم، وكذلك مواجهة الشهود الذين يشهدون ضدهم، بما يقارع حججهم ويبطلها.

٨٨٠- وشأن من ترددوا فى إدمان المواد المخدرة، شأن من اعتادوا تعاطى الكحول مددا استطال زمنها Habitual Drunkards.

ذلك أن مجرد انغماسهم فى شربها، وتحولهم بسببها إلى مستعبدين لها لا ينصرفون عنها؛ لا يحيلهم إلى مجرمين مسئولين عن أفعالهم، بعد أن صار إدمان تعاطيهم لها نمطا ثابتاً فى حياتهم، وحالة مرضية تحيط بهم Addicted to the use of narcotics، دون أمل فى النجاة منها Chronic Alcoholism إلا بعلاجهم فى أماكن تتهيأ من خلالها، فرص إعادتهم أسوياء، لا يهددون الآخرين بأفعالهم التى لا يملكون السيطرة عليها. ويتعين بالتالى أن يحدد المشرع -وبما لا تجهيل فيه- من يزج بهم فى هذه الأماكن.

فلا يعتبر الشخص مدمناً للكحول إذا ظل بعد تعاطيه، مسيطراً على قواه العقلية، قادراً على النظر فى أحواله، مدبراً شئونه العائلية بما يكفل صون مصالحها، ولو هدد غيره بشر، أو واجهه بعدوان.

ذلك أن الاحتجاز فى هذه الأماكن، لا يرتبط بكون من يودع فيها مرتكبا لجريمة ولا بدرجة خطورتها، وإنما يتحدد المودعون بها على ضوء قدر سيطرتهم على أفعالهم ، ودرجة خطورتهم على من يتصلون بهم، أو يتعاملون معهم.

وإذ كان الأصل فى الناس جميعهم أن أمهاتهم ولدتهم أحراراً، فإن إرهاق حريتهم -وهى الأصل- من خلال إيداعهم فى أماكن تعزلهم عن الآخرين، وحتى عن الاتصال بذويهم أحياناً، لا يجوز إلا لضرورة، مناطها إفراطهم فى استعمال الكحول بما يجاوز حدود الاعتدال، وترديهم فى شربها بغير انقطاع، وفقدانهم السيطرة على أفعالهم بمجرد تناولهم الخمور التى تعتصر قواهم العقلية، بما يجعلهم خطرين حتى على أنفسهم.

وإذا كان للدولة أن تقيهم من شرور أنفسهم، وأن تؤمن الآخرين كذلك من مخاطر حالتهم، وفق قواعد ملائمة لا تقوم على التحكم؛ ولها خصائص القواعد المنصفة وضماناتها، فإن عليها أن توفر لهم فرص سماع أقوالهم قبل أن تقرر احتجازهم جبراً، وألا تصدر قراراً بإيوائهم فى مصحاتهم العلاجية، إلا على ضوء دلائل لها من قوة الإقناع، ما يرجح لديها تضاؤل أو انعدام قدراتهم -بصورة مستفحلة- على السيطرة على أفعالهم.

٨٨١- وعلى ضوء ما تقدم، تفترض صور إيداع الأشخاص جبراً فى مكان مأمون، أنهم عاجزون عن السيطرة على سلوكهم، وأنهم خطرون على أنفسهم وعلى الآخرين. ولا يناقض هذا الإيداع -وهو من طبيعة مدنية- أحكام الدستور كلما تم وفق قواعد إجرائية ملائمة، وعلى ضوء دلائل تتصل بحالتهم هذه وتثبتها.

ولا يعارض هذا الإيداع كذلك -وهو ليس عقابا جنائيا- ضوابط الحرية المنظمة التى لا يجوز وصفها بالإطلاق. ذلك أن حرية الأبدان، وإن كان يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة بما يرد الدولة عن التحكم فيها بأوامرها ونواهيها، إلا أن هذه الحرية لا يكفلها انسيابها بغير عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولو كان مبرراً. بل هى حرية مقيدة حتى فى إطار نظم الإيداع المدنية فى طبيعتها.

ولازمها ألا يباشر الناس حرياتهم وكأنهم وحوش كاسرة، وإلا تنطلق نزواتهم وكأن فيضها عصيان لا يرد. وإنما الحرية الحقيقية هى التى يجوز تقييدها فى زمن دون آخر، والحد من إطلاقها فى أوضاع بعينها دون غيرها([1]). فذلك وحده هو الطريق إلى الحرية المنظمة التى تكفل الخير العام للناس فى مجموعهم.

٨٨٢- ولا يجوز بالتالى أن يحتجز أشخاص فى أماكن تحتويهم لمجرد إتيانهم أفعالا سابقة أيا كان قدر خطورتها أو فحشها. ذلك أن سابق سلوكهم لا يشى بالضرورة بتصرفاتهم المقبلة. وإنما يرتبط احتجازهم فى أماكن تحتويهم، ليس فقط بتصرفاتهم السابقة المعيبة، وإنما كذلك بحالتهم العقلية القائمة التى تفيد تطرق الخلل إلى تماسكهم، وقدرتهم على السيطرة على أفعالهم، لتكون حالتهم هذه كاشفة عن حقيقة تصرفاتهم القديمة، ومنبئة عن رجحان تكرارها إذا لم يجر احتجازهم جبراً عنهم وراء جدران مغلقة. ومن ثم لا تبرر الخطورة الإجرامية وحدها هذا الإيداع. وإنما يتعين أن تقوم إلي جانبها حالة عقلية غير سوية Mental abnormality يضطربون بسببها عاطفيا Emotionally disturbed أو يتخلفون عقليا، أو تنفصم شخصياتهم، أو تصيبهم بعاهة الجنون.

٨٨٣- وتفارق النظم الجنائية، نظم الإيداع المدنية التى لا تتوخى ردع من يودعون فيها، ولا الثأر منهم، <u>وذلك من وجهين:</u>

<u>أولهما</u>: أنها لا تؤاخذ من يحتجزون بها وتدينهم بناء على سابق إجرامهم، ولكنها تركز على حالتهم العقلية، ووشايتها بما يتصور أن يأتوه فى مقبل الأيام من الأفعال. وهى بذلك نظم غير انتقامية تقيم صلة منطقية بين ولوغهم من قبل فى الجريمة، وحالة عقلية تقوم بهم وقت النظر فى إيداعهم فى أماكن لاحتوائهم، ليتضامم هذان العنصران فى تبرير إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن.

([1]) Jacobson v.Massachusetts, 197 U.S. 11,26 (1905) .

ثانيهما: أن الأشخاص الخاضعون لنظم الإيداع المدنية، يعانون من عوارض عقلية أو نفسية، تمنعهم من السيطرة على تصرفاتهم. ومن غير المحتمل أن يردعهم تهديد باحتجازهم؛ ولا أن يكون عقابهم هدفاً ملحوظاً للدولة بالنظر إلى الأوضاع النفسية والعقلية التى ترددوا فيها، ولا دخل لإرادتهم بها.

ولئن صح القول بأن إيداع الدولة لهؤلاء فى مؤسساتها، يقتضى فرض بعض القيود عليهم، إلا أن كل قيد ليس بالضرورة عقاباً جنائياً([1]). ذلك أن التدابير القسرية التى تحيط بالأشخاص الخطرين عقلياً The dangerously mentally ill تعامل منذ القدم كتدابير غير جزائية. ومن ثم لا يتمحض عقابا، احتجازهم مددا طويلة. وإنما يرتبط هذا الاحتجاز -وبغض النظر عن طول مدته أو قصرها- بما يكون ضرورياً لإبقائهم بأماكن إيداعهم حتى تعود حالتهم إلى سوائها، فلا يهددون أنفسهم أو الآخرين.

وكان منطقياً بالتالى ألا يتقرر احتجازهم فى هذه الأماكن لمدة محدد سلفاً. إذ يبقون فيها ما برحوا خطرين، وبافتراض أن مدد إقامتهم هذه، تراجعها لجان من أهل الخبرة بقصد تقييم حالتهم للتحقق من استمرار أو زوال خطورتها.

٨٨٤- وتظل لهذه النظم طبيعتها المدنية، ولو استعار المشرع بعض إجراءاتها وضماناتها من النظم الجنائية.

ذلك أن النظم المدنية، تعتبر كذلك على ضوء أغراضها. ولا تحيلها بعض القواعد الجنائية التى تطبقها، إلى نظم جنائية. وإنما تتوخى القواعد التى تأخذها من هذه النظم لتطبقها عليها، حصر دائرة المخاطبين بها فى دائرة الأشخاص الذين لا يملكون السيطرة على تصرفاتهم، وهي دائرة ضيقة بالضرورة تقتضي تقييما متواصلا لحالتهم.

والقول بأن انعدام وسائل علاجهم فى أماكن احتجازهم، أو عدم ملاءمتهما لحالتهم، يشبههم بالمذنبين الذين يستحقون عقابا؛ مردود بأن علاجهم قد يكون مستعصياً من زاوية طبية. وحتى بفرض التقصير فى علاجهم، فإن عزلهم عن الاتصال بالجمهور من خلال احتجازهم فى تلك الأماكن، يعتبر هدفاً رئيسياً لنظم الإيداع التى تقيد حريتهم ما فتئوا خطرين.

ومن غير المنطقى أن يكون علاجهم من أسقامهم شرطاً أولياً يتعين أن يتحقق قبل إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن؛ ولا أن يكون القصور فى وسائل علاجهم أو تخلفها، مقتضيا الإفراج عنهم بعد الإيداع. ذلك أن علاجهم من أمراضهم ليس إلا هدفا جانبيا يقوم إلى

([1]) United States v.Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

جوار الأغراض الرئيسية لنظم الإيداع، ممثلة فى أن يظل المحتجزون فى هذه الأماكن، بيد الدولة التى تعزلهم عن الاتصال بالآخرين، ومنعهم من الإضرار بأنفسهم([1]).

٨٨٥- والقول بأن المحتجزين فى أماكن إيوائهم قد أصابتهم من قبل عقوبة الجريمة التى ارتكبوها، وأن تقييد حريتهم فى تلك الأماكن، هو اتهام آخر، وجزاء ثان عن هذه الجريمة ذاتها؛ مردود بأن الطبيعة المدنية لهذه النظم، وتحريكها لإجراءاتها فى مواجهة الخطرين، ليس اتهاماً ثانياً ولا عقاباً جديداً عن فعل سابق، ولو كان الإيداع تالياً لاستيفاء مدة العقوبة المحكوم بها. وليس أدل على مدنية هذه النظم من أن الأشخاص المخاطبين بها يودعون وفقاً لأحكامها بناء على حالتهم الخطرة التى تعتبر مناط تطبيقها، والتى لا شأن لها باكتمال القصاص عن جرائمهم السابقة، ولا بترديهم فيها قبل إيداعهم.

فضلا عن أن نظم الإيداع المدنية لا تنشئ جريمة نقارن عناصرها بعناصر الجريمة التى أدين عنها من قبل من احتجز وفقاً لهذه النظم، ولا تحركها بالضرورة -وفي كافة أحوالها- جريمة أو جرائم سابقة ارتكبها المحتجز.

ولكنها تعتمد على الجريمة السابقة، أو على صدور اتهام بها، لتقرر ما إذا كان المدان أو المتهم بارتكابها، مضطرباً نفسيا أو معوجاً عقلياً بما يشكل تهديداً له ولغيره.

٨٨٦- كذلك لا تجرم نظم الإيداع هذه فعلاً كان مباحاً قبل تطبيقها، ولا تقرر بالتالى جزاء جنائياً رجعياً على هذا الفعل. فضلاً عن أن حظر الرجعية بنص فى الدستور، لا يتعلق أصلاً بغير القوانين الجنائية([2]).

([1]) Witte v.United States, 515 U.S. 389 (1995).

([2]) See Kansas v.Handricks, decided by united States Supreme Court on June 23, 1997.

الفصل الحادى عشر

الحماية القانونية المتكافئه للحق فى الحياة

The sight to

٨٨٧- ينافي الحق في الحياة زوالها أو إزهاقها بغير حق. والناس جميعهم يملكون هذا الحق لا يتمايزون في ذلك عن بعضهم البعض. وترده المواثيق الدولية جميعها. وهو كذلك حق قائم بغير نص فيها، إذ هو حق في الوجود وفي أن يكون الناس آمنين في أشخاصهم من صور الإفزاع على اختلافها، ومن عوامل القهر على تباين ضروبها، ومن وسائل الإذلال على تفاوتها في درجتها. وهو أدخل إلى البداهة المنطقية، ولا ينفصل عن الناس في المراحل المختلفة التي يعيشونها، لأنه كامن فيهم Inhérent à la personne humaine ولا يباشرون غيره من الحقوق بتخلفه. فهو مقدمتها والطريق إليها. بل إن حقوق الناس وحرياتهم جميعها تنهدم وتنعدم قيمتها بغير ضمان الحق في الحياة. وهو حق يقتضي فرض كلمة القانون على الناس جميعهم -حتى في أوقات التوتر ومظاهر الصراع الداخلي- حتى لا تختل فرائص أمنهم، وعلى الأقل في حدها الأدنى، من خلال مخاطر يتعرضون لها ولا يتوقعونها. ومن ثم كان منطقياً أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص المادة الثانية من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان، وأن يكون موقفها من ضمان هذا الحق مستصحباً لحكم المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في ١٩٤٨/١٢/١٠ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حرص ميثاقها على ضمان الحق في الحياة من خلال تدابير جماعية تتخذها الدول الأعضاء فيها على تقدير أن حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم وكذلك في حياة لائقة([1]) La garantie d une vie décente حقان متداخلان، وأن ماتتخذه الدول من تدابير لصون الحق في الحياة – عقابية أو وقائية – يفترض أن تكون هذه التدابير من طبيعة عملية تتوافر بها فرائض الحق في الحياة بصورة واقعية، فلا ينتهكها أحد بغير جزاء([2]).

ولا يخل حق الناس فى الحياة بالقيود التي تفرضها الدولة في نطاق تنظيمها المعقول للحرية، ولا بالقيود المنطقية التي تقتضيها لصون أمنها ولضمان وجودها.

([1]) ويلاحـظ أن حق الفرد فى حياة لائقة، مقرر بنص المادة ٢٥ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان التى تكفـل لكل شخص الحق فى مستوى من الحياة يكون كافيا لضمان صحته ورخائه ولعيش عائلته. وهذا الحـق مقـرر كذلك بالمادة ١١ من العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهو مكفول أيضا بالفقرة (١١) من ديباجة الدستور الفرنسى لعام ١٩٤٦.

(2) Jacques Robert avec la callaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et libértés fondamentales, 5e edition, pp. 312- 315.

ذلك أن مثل هذه القيود، تعتبر شرطا مبدئيا ومدخلا حيويا لمباشرة كل حق أو حرية، سواء بصفة فردية أو جماعية. وهي كذلك ضرورة لحماية الناس في أموالها وأعراضها.

وقام بالتالى حق ضحايا الجريمة، هم ومن أضيروا منها من ذويهم أو من يحيطون بهم، فى التعويض عن الأضرار التي أحدثتها، خاصة ما تعلق منها بأبدانهم.

وتقيم المواثيق الدولية علاقة واضحة بين الحق فى الحياة، وبين حظر أعمال الدعاية التى تحبذ الأعمال الحربية وتروج لها. وتفرض كذلك حظراً كاملا على إنتاج الأسلحة النووية والكيماوية وحيازتها ونشرها، باعتبارها من أدوات التدمير الشامل التي تلحق بالحق في الحياة مخاطر جسيمة يستحيل تجنبها أو الحد من آثارها.

ويرتبط الحق فى الحياة كذلك بالأمن الدولى، وبضرورة أن تعمل الدول جميعها، وأن تتعاون على توثيق روابطها بافتراض تداخل مصالحها، وأن تقوم بتسوية خلافاتها عن طريق التفاوض لا بالقوة.

٨٨٨- ولا يقتصر ضمان الحق فى الحياة على تأمين وجودها، وحظر كل عدوان عليها، وتقرير الفرائض الملائمة التى ترد كل إخلال بها؛ وإنما يتعلق الحق فى الحياة كذلك بالشروط الملائمة والضرورية التى تكفل لكل فرد حياة لائقة Une vie decente.

ويندرج فى ذلك، أن تكون للحياة مستوياتها اللائقة التى لا يجوز النزول عنها، وعلى الأخص من جهة ضمان حد أدني من الشروط الصحية للناس جميعهم، وتأمينهم من الجوع والمرض والفزع، وضمان أماكن ملائمة يهجعون إليها من عناء يومهم([1])، والعمل بصورة مضطردة على تطوير أوضاع معيشتهم، وضمان الشروط الأفضل لعملهم، وتصعيد آمالهم فى الحياة، وتقليص وفياتهم خاصة الأطفال منهم.

بيد أن الشروط المتقدم بيانها، والتى تتطلبها كرامة الإنسان كقيمة تعلو على كل صور امتهانها، والتى لا يتصور أن يحيا أحد بدونها حياة لائقة، تفترض إمكان تنفيذها قضائيا، وأن تعمل الدساتير ذاتها على ضمان هذا النوع من الحياة. وهو ما تدل عليه الفقرة ١١ من ديباجة الدستور الفرنسى الصادر فى ٢٦ /١٩٤٦/١٠ التى تكفل للناس جميعهم -وللأطفال بوجه خاص- ولأمهاتهم، وللعمال الذين تقدم العمر بهم، الحق فى الصحة، وفى راحتهم، وفى إجازاتهم، وفى ضمان أمنهم. فإذا لم يكن الفرد قادرا على العمل بالنظر إلى عمره أو لعجزه

([1]) D C . no 94359 du 19-1-1995 .

بدنيا أو عقليا، أو لأوضاع اقتصادية تحيط به، تعين أن توفر له الدولة وسائل ملائمة للعيش .Des moyens convenables d`existence

٨٨٩- وقد حظر القانون الدولى العام بعض الجرائم التى تعتصر حق الناس فى الحياة ويندرج تحتها تعذيبهم، ومعاملتهم كأرقاء، والاتجار فى أعراضهم واستمالتهم للفجور. وكذلك عقابهم بطريقة لا إنسانية، أو على نحو يمتهن كرامتهم، وتكليفهم بالعمل سخرة([1]).

٨٩٠- ويظل الحق فى الحياة مطلبا أساسيا للناس جميعهم. فلا يجوز إذلالهم ولا ترويعهم، ولا طحنهم بالقلق الدائم، ولا قهر إرادتهم إلى حد طمسها فلا يعرفون هويتهم، وعلى الأخص من خلال العقاقير الطبية التى تعطيها السلطة جبرا لمن أختطفهم من المواطنين، وأخفتهم عن ذويهم.

وفى هذا الإطار، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه([2])، ولا الإخلال بتكامل بدن الإنسان سواء بالمعاشرة الجنسية لإمرأة بالقوة؛ أو حملها على الدعارة؛ أو بتعقيمها حتى لا تحمل، أو بإجهاضها قسرا أو بالتعامل فيها، أو بتعريضها لحيوان يغتصبها.

٨٩١- وقد يعاون شخص آخر على الانتحار أو يشرع فى ذلك، ويعتبر هذا العمل جريمة معاقباً عليها قانوناً في أكثر الدول. ولكن قوانين هذه الدول ذاتها قد تخول الأشخاص الميئوس من شفائهم -كالذين دهمتهم حادثة مزقتهم وأحالتهم وجوداً هامداً لا يحيا بغير الوسائل الطبية الصناعية، Persistent vegetative state الحق فى رفض الاعتماد على هذه الوسائل التى تبقيهم على قيد الحياة. وهو ما يثير بالضرورة النظر فى مدى مخالفة هذه القوانين لشرط الحماية القانونية المتكافئة.

ذلك أن هذه القوانين تميز بين الذين يعتمدون فى بقائهم أحياء على وسائل طبية تحول دون موتهم، وبين الذين لا يعتمدون عليها، وإن كان مرضهم خطيرا، وفرصهم في النجاة من مخاطره، تكاد أن تنعدم.

([1]) V. Ch. Chanet: La convention dés Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou Traitement cruels, inhumaines ou dégradants ou A.F.D. 1, 1984.

([2]) انظر في ذلك نص المادة ٤٣ من دستور جمهورية مصر العربية التي تحظر إجراء أي تجربة طبية أو علمية علي أي إنسان بغير رضائه الحر. وكذلك نص المادة٤٢ من الدستور التي توجب معاملة من يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان.

فبينما تخول الفريق الأول الإسراع فى إنهاء حياتهم برفض هذه الوسائل وطلبهم التخلص منها؛ فإن أفراد الفريق الآخر الذين لا يعتمدون عليها، لا يستطيعون الحصول على معونة طبية ينهون بها حياتهم، ولو أحاطتهم أمراض لا أمل في برئها، وكان مآل الأمر فيها إلي موتهم، كالذين نهش السرطان أجزاء من أبدانهم مستشريا فيها بما يعدم أملهم فى النجاة منها.

حال أن كثيرين يرون أن الفريقين فى مركز قانونى واحد. ذلك أن الذين يرفضون وسائل إنقاذ حياتهم الطبية ويطلبون من أطبائهم التخلص منها، لا يختلفون فى شئ عن الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، خلاصا من أمراضهم المبرحة آلامها، والتي لا أمل في شفائها.

كلاهما يعمل على إنهاء حياته؛ أحدهما برفض المعونة الطبية اللازمة للإبقاء عليها([1])؛ وثانيهما يطلبها للتخلص من حياة مقطوع بانتهائها.

غير أن الاتجاه القضائى فى القانون المقارن، ينظر إلى هذا التمييز باعتباره غير مناقض لشرط الحماية القانونية المتكافئة، وذلك تأسيسا على أمرين:

أولهما: أن شرط الحماية القانونية المتكافئة، لا يولد حقوقاً من طبيعة موضوعية، ومؤداه وجوب أن يعامل المشرع الأشياء المتشابهة بصورة واحدة؛ وإمكان أن يعامل الأشياء المتخالفة على نحو متغاير([2]).

A State must treat like cases alike, but may treat unlike cases accordingly.

والدستور بذلك لا يتطلب أن تعامل الأشياء المختلفة فى واقعها، أو من وجهة النظر التى تتعلق بها، بافتراض تساويها قانوناً فيما بينها.

ثانيهما: أن حق الأشخاص فى طلب التخلص من الوسائل الطبية التى تبقيهم أحياء، لا يؤسس على حق كفله الدستور لهم فى التعجيل بموتهم To hasten death. وإنما على الحق فى ألا يمس آخرون –ويندرج الأطباء تحتهم– أبدانهم بغير موافقتهم Unwanted touching.

ولا كذلك أشخاص يعينهم الأطباء على الانتحار بإعطائهم عقارا قاتلا، يكون منهيا لعذابهم من الأمراض التي يعانونها. ذلك أنهم يعمدون إلى قتلهم، ويخرجون بذلك عن أصول

([1]) يعيش هؤلاء على وسائل صناعية بتعقبهم.

([2]) Plyer V. Doe, 457 U.S. 202, 216 (1982).

مهنتهم فى صون حياة مرضاهم لا تدميرها([1]). فليس ثمة حق لأحد فى الانتحار، لا مباشرة، ولا عن طريق معونة يقدمها غيره له.

٨٩٢- وما أراه صوابا هو أن الحق فى الحياة والحق فى الموت، معنيان متضادان. ذلك أن أولهما إصرار عليها طلبا لبقائها. وثانيهما إفناء لها وإنهاء لوجودها. ولئن كان الحق في الحياة مطلوبا ضمانه، إلا أن قتل النفس ليس حقا لأحد. إذ هو حرمان من الحق في الوجود بغير الوسائل القانونية السليمة([2]).

وينبغى أن يلاحظ أن من يقدمون على الانتحار بأنفسهم، وكذلك من يطلبون من أطبائهم معاونتهم في ذلك؛ كلاهما ينهيها بيده، أو بيد غيره. كذلك يفترض فيمن تدهمهم حادثة ينعدم معها أملهم فى النجاة من عواقبها، أن الوسائل الطبية التى تغذيهم، هى التى تعينهم على البقاء أحياءLifesaving hydration and nutrition. فإذا رفض هؤلاء المصابون تلك الوسائل، تعين أن تكون إرادتهم فى ذلك إرادة قاطعة ولو عبروا عنها فى مرحلة سابقة على الحادثة التى هشمتهم وجعلتهم غير واعين بما يدور حولهم([3]).

ولكن الفرض فيهم أنهم صاروا مهشمين من كل الوجوه، تحيطهم غيبوبة كاملة لا يدركون معها شيئا مما حولهم.

ولا يتصور بالتالى -حتى مع افتراض جواز إنهائهم لحياتهم من خلال طلبهم انتزاع الأجهزة التى تبقيهم أحياء- أن يحل آخرون محلهم فى ذلك، ولو كانوا من آبائهم أو أمهاتهم أو أزواجهم أو أقربائهم.

([1]) Vacco, v.Attorney General of New York, decided by United States Supreme Court on June 26, 1997.

([2]) يندرج تحت الوسائل القانونية الجائزة، أن يصدر حكم قضائي بإعدام قاتل أو تقيد حريته من خلال عقوبة بدنية، كالأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو السجن أو الحبس.

([3]) يقـع أحياناً أن يتعرض الإنسان لحادثه تتعطل معها وظائفه الحيوية، فلا يعى شيئاً مما يدور حوله، وإن ظل باقياً على قيد الحياة بحكم الوسائل الطبية التى تغذيه وتبقيه حياً، فإذا كان قبل تعرضه لهذه الحادثة، قـد ذكـر لصـديق أو غيره أنه يرغب فى التخلص من الوسائل الطبية الإصطناعيه التى تبقيه حياً إذا تعـرض لحادثـة يصـير بسببها بغير أمل فى النجاة منها، تعين إعمال إرادته فى ذلك وسحب الأجهزة الطبـية التى تبقيه حياً. وإذ ينهى الأطباء حياته لسحب هذه الأجهزة من بدنه، فإنهم لا يفعلون شيئاً أكثر من الاستجابة لرغبة مريضهم.

Crwzan v. Director, Missouri department af health, 497 U.S. 261 (1990).

ولئن كان الأشخاص الذين يطلبون من أطبائهم فى أيامهم الأخيرة، معاونتهم على الخلاص من الحياة، بالنظر إلي استفحال أمراضهم التي تدل الحقائق العلمية علي استحالة البرء منها؛ إلا أن من الصعوبة الجزم بنوع الأمراض التى يصير بها موتهم وشيكا Terminally ill، ولا القول -وقد طحنتهم آلام أمراضهم -بأنهم قصدوا بكامل وعيهم، إنهاء حياتهم؛ ولا الفصل بصفة قاطعة فيما إذا كانوا قد اختاروا حقا إنهاء حياتهم بكامل وعيهم- Mentally competent. ذلك أن أمراضهم تشقيهم وتعذبهم، وتعرضهم لآلام مبرحة لا يتصور معها إدراكهم ما يفعلون.

فضلاً عن أن إرادة الموت لا يملكها أحد، وإلا جاز لكل امرأة أن تجهض نفسها ولو نصحها الأطباء بأن هذا الإجهاض مؤد إلى موتها بالضرورة. وجاز كذلك لكل إنسان أن يقرر متى يبقى حياً ومتى يفنى. وهو ما لا حق لأحد فيه، ولو بالتذرع بالحرية الشخصية أو التخريج عليها. ذلك أن الحرية فى معناها الحق، تناقض انفلاتها إلى حد إعدام الشخص حياته بنفسه.

٨٩٣- وثمة فارق كذلك بين المصابين فى حادثة هشمتهم، ولم تبق لهم شيئا من وظائفهم الحيوية، إذ يعاملون بوصفهم ميتين فعلا بالمقاييس العلمية. ولن تخرجهم الأجهزة الطبية -التى تعينهم على البقاء فى صورة الأحياء- من حالة العدم التى هم فيها[1]؛ وبين الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، ولو كانوا مصابين بأمراض عضال يكون موتهم بسببها وشيكاً، وأملهم فى الحياة منتهيا.

ذلك أن أفراد الفريق الثاني أحياء، فإذا أعانهم الأطباء علي الانتحار، فإن معونتهم هذه تستبق موتهم. وهو ما لا يجوز، خاصة وأن القول بجواز الانتحار لا إجماع فيه، لا بين الفلاسفة ولا بين رجال الدين والفقهاء.

---

[1] فـى القضية.(1990) Crwzan v. Director, Missouri Dep't of Health 497 U.S. 261 قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بدستورية تشريع صدر عن ولاية ميسورى يجيز نزع أجهزة الإعاشــة الطبــية التى يبقى بها أشخاص مهشمون على قيد الحياة بشرط أن يتفق نزعها، وإرادة سابقة واضــحة للمــريض Consistent with the patient's previously manifisted wishes بل إن المحكمــة فــى هذه القضية تفرق بين هؤلاء المرضى الذين تبقى حالتهم مستقرة بفضل الوسائل الطبية لأكثــر مــن ثلاثــين عاماً- وهو ما شهد به الشهود فى القضية المذكورة، وبين المرضى الميئوس من شفائهم بالنظر إلى خطورة مرضهم ولو كان مرضهم مفضيا إلى موتهم Terminally ill.

فمنهم من يقول بأن الانتحار عمل جبان يناقض إرادة الحياة، ودلائل الوجود Une lâcheté devant les épreuves de L'existence، أو هو إحلال لإرادة الفرد محل إرادة خالق بيده وحده إحياء الناس وإماتتهم.

L`appropriation d`un pouvoir sur la vie qui n`appartient qu` a Dieu maître de la vie et de la morte.

ويراه فريق آخر رد فعل فى مواجهة نكول الجماعة عن واجبها فى تحقيق التضامن الاجتماعى بين أفرادها.

ويصوره آخرون بأنه التعبير الأعلى عن الحرية الفردية التى يملكها الناس جميعهم، ويتصرفون بها فى أبدانهم([1]) L`expression supreme de la liberté individuelle. وأن المنتحرين لا يصيبون غير أبدانهم هذه بالضرر، ولو من خلال إضرابهم عن الطعام لأغراض سياسية، أو عن طريق تعاطيهم جرعة من دواء يقتلهم. وكذلك برفضهم العلاج من أمراضهم، بقصد التخلص من حياتهم.

بيد أن الآراء التي تقول بجواز الانتحار باعتباره نتاج الإرادة الحرة، يعيبها أن الناس لا يملكون حرية مطلقة على أبدانهم. إذ لو صح هذا القول، فلماذا جرم المشرع دعارة المرأة ولو بغير أجر، بالرغم من أن المرأة الداعرة تخالط بإرادتها الحرة الرجال بغير تمييز!!

ولم أثم المشرع كذلك إتيان الرجال فجورا!!؟ وعارض صوراً من الإجهاض تأتيها المرأة بإرادتها على بدنها!!؟

ولم حظر نقل أجزاء من الأبدان إلى آخرين -ولو لإنقاذ حياتهم- إلا إذا كان هذا الإجراء بغير مقابل، ولا يلحق ضررا بالمتبرع!!؟

ولم أبطل المشرع كل تعامل في الأبدان أو أطرافها ينافي تكاملها، أو ينظر إليها باعتبارها محلا "لحقوق مالية" يجوز نقلها إلي آخرين([2])!!؟.

([1]) Jacques Robert, Droits de L`homme et libertés fondamentales, e édition, P. 210.

([2]) ينظر البعض إلى حق المهشمين فى رفض بقاء الأجهزة الطبية التى تعينهم على الحياة، باعتبارها مندرجاً تحت حق الشخص فى رفض العلاج الطبى.

الباب الرابع
القانون أداة تنظيم الحقوق وقد يطوقها

الفصل الأول
امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور

٨٩٤- يكفل الدستور في صلبه كثيرا من الحقوق بالنظر إلي حيوية المصالح التي تخالطها وتوجهها، من بينها الحق في الحرية الشخصية، وفي حرية الاختيار والتعبير، وفي ضمان خواص الحياة، وفي الإطلال علي العلوم علي اختلافها، وفي مواجهة إساءة استعمال السلطة، وفيما ينبغي أن تتقيد به النظم الجنائية سواء من جهة الأفعال التي يجوز أن تؤثمها أو قدر عقوباتها، وفي حرية اختيار المهن والأعمال التي نطلبها، وفي حق الحصول علي أجور متماثلة عن الأعمال عينها.

فما هي حدود كل حق أو حرية منها؟ وهل يجوز -وفيما خلا حرية العقيدة والحق فى التعددية- وصفها بالإطلاق. فإذا جاز تنظيمها.. فما هى حدود هذا التنظيم، وهل يجوز القول بأن لكل حق ولكل حرية دائرة منطقية لا يجوز اختراقها.. وما هي حدود هذه الدائرة.. وما نوع المصالح التي تتزاحم عليها لتقدير ما يلائمها من القيود. وهل ينظر في مجال تحديد دائرة حقوق المواطنين وحرياتهم ونطاق القيود التي يجوز فرضها عليها، إلي أوضاع تطبيقها، وسياق متطلباتها؟ أم يتعين تحديد بنيانها فى صورة مجردة تنفصل عن واقعها.

٨٩٥- تلك جمعيها معان قد تختلط ببعضها في مجال بيان الدائرة المنطقية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإن تعين القول بأن لكل حق ولكل حرية أغراضا يستهدفها، فلا يجوز تنظيمه بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقييده بنصوص قانونية يستحيل عقلا ربطها بها. وفيما وراء هذه التخوم، لا يجوز تنظيم الحق والحرية إلا في دائرة منطقية لا يفقد بها وجوده، أو معناه ولا يتقلص من أطرافه بما يضائل من جدواه. ومن ثم يكون لكل حق أو حرية نواة Nucleus لا يجوز أن تنهدم أو تتآكل لأنها بؤرة الضوء فيه، والخلية التي انبثق منها والتي تعطيه الحياة التي يتنفس من خلالها. فإذا انقض المشرع عليها أو أرهقها بما يعوق حركتها المنطقية، زال وجود الحق أو الحرية، أو لم يعد هذا الوجود فاعلا.

فنحن إذن أمام حقوق كفلها الدستور في صورة واقعية لا مجردة، متوخيا بإحداثها أن تحقق فى تطبيقاتها العملية، الأغراض المقصودة منها دون زيادة أو نقصان. فلا هي فوق السلطة، ولا السلطة فوقها. وإنما تعمل هذه الحقوق في نطاق توازن اجتماعى يتوخي التوفيق قدر الإمكان بين زحام المصالح التي تلابسها.

٨٩٦- فالحق في الاجتماع ليس إلا إطاراً واقعيا لحرية التعبير. ذلك أن أفراده يدخلون فيه -لا لتضمهم جدران مغلقة يقبعون داخلها صامتين، وكأن علي رؤوسهم الطير- وإنما هم معنيون ببعض الشئون التي يريدون مناقشتها- لا لأنهم اتخذوا من قبل موقفا نهائيا بشأنها - وإنما طلبا لحوار حولها، سواء كان هذا الحوار هادئا أم صاخبا، جارحا في بعض كلماته، أم معتدلا، متقدا عاطفيا أو متوازنا. فكل أولئك أشكال من الحوار لا تغض من قيمته ولا تنتقص من ضرورته. وهي بذلك مدخل هام من مداخل حرية التعبير التي تفترض حق الناس جميعهم في التعبير عن آرائهم التي يريدون إعلانها، وتلقيها من آخرين، ونقلها منهم -من خلال ترويجها- إلي دائرة أعرض، سواء كان التعبير حركيا أم قولا أم رمزا، أم صورة أم رسما، أم بكل هذه الوسائل جميعها وبغيرها، حتى تظل الكلمة انتقاء حرا ونبعا صافيا لإرادة الاختيار التي تفترض مباشرتها بعقل مفتوح، وبقوة دافعة واثقة لا وجل فيها ولا تهاون.

٨٩٧- وتظل للكلمة أهميتها أيا كان مصدر رسالتها أو مضمونها. فما نراه سقيما من الآراء قد يكون أرجحها قبولا. وما يكون بغيضا من صورها قد يكون الحقيقة التي أخفقنا في إدراكها، وما لا نفهمه من ملامحها قد يكون هو الأكثر اعتدالا.

وليس لأحد أن يفرض علي غيره وصاية فيما يراه من الآراء صوابا، ولو لم تكن في حقيقتها غير بهتان عظيم. فالآراء لا تحيا في مياه راكدة، ولا آسنة. ولكن بيئتها هي التي تثريها أو تجدبها؛ تعطيها قوتها، أو تخفض قيمتها؛ تردها إلي حكم العقل، أو تفرض عليها مظاهر التسلط؛ تقبلها بنظرة متسامحة أو تزدريها بعين ساخطة، تمنحها مجالا حيا يكفل ذيوعها، أو تحيطها بقضبان من حديد تعتقلها؛ توفر لها مقامعها وأغلالها أو تطلق سراحها من أسرها؛ تتفهمها وتتفاعل معها، أو تكبلها حتى لا ينفذ أحد إليها. وما كان الدستور ليكفل حرية التعبير في نطاق لا يؤمن بضرورتها، ولا بأن الآراء حتى مع تصادمها تظل نبتا للحقيقة التي نريد معرفتها، ولا بأن القائلين بها لا يجتمعون علي كلمة واحدة إلا في قليل من الأحوال.

وتظل الكلمة هي الكلمة، قوتها في الإصرار عليها وحيوتها في الإعلان عنها أو الجهر بها، وقيمتها في كونها تعبيرا عن إرادة لا يجوز طمسها، ولا تحريفها، أو إرهاقها بما يردُها عن الدائرة المنطقية لحركتها.

وهي تمثل في النظم الديموقراطية أكثر روافدها عطاء، وأبلغها أثرا، وأفضلها طريقا إلي التغيير، وأحقها بالدفاع عنها والتكتل وراءها. ولا تزال الكلمة حوارا في وسط اجتماعي، فلا تهيم في الفضاء، ولا نثقل موازينها كراهة لها. إذ هي دوما طريق إلي التغيير بالوسائل السلمية. فلا تجوز مصادرة أدواتها، ولا نقض محيطها.

وبقدر اتساع قاعدتها، تتحدد درجة تأثيرها في الجماهير، وأنماط خياراتها ونوع المصالح التي تقبلها، وطرائق الحياة التي تميل إليها.

بيد أن الكلمة التي ننطق بها وإن كان يحكمها أصل الحل، إلا أن تجريمها يجوز في أحوال استثنائية تفصل بين ما هو مشروع وغير مشروع من صورها. كذلك فإن دائرة تنظيمها تبلور ما يجوز أن يفرض عليها من القيود بما لا يقوضها أو ينتقصها من أطرافها. ولا يدخل في إطار القيود الجائزة علي حرية التعبير، تطويق هذه الحرية لمواجهة مخاطر متوهمة، أو مخاطر متوقعة ليس لها من إحداقها ووضوحها ما يرشحها كقيد علي تلك الحرية.

ويتعين دائما إذا قيل بأن بعض الآراء تلابسها مخاطر داهمة، أن ننظر إلي نوع المصلحة التي تمسها وأثرها عليها. ذلك أن حرية التعبير ما كفلها الدستور إلا بقصد إثرائها، وبما لا يخل بجواز تقييدها في دائرة ضيقة، هي التي يكون التعبير فيها مؤديا حالا ومباشرة، وبصورة واضحة لا تخطئها العين، إلي تقويض أو تهديد مصلحة حيوية لها من أهميتها بوجه عام، ما يقيمها فوق حرية التعبير.

وما قلناه في شأن حرية التعبير ينطبق بالقوة ذاتها علي حرية الاجتماع، وهي إطار حرية التعبير فلا يجتثها المشرع من منبتها، ولا يحيطها بقيود ترهقها، ولا يواجهها بوصفها مدخلا يخول السلطة مطاردة خصومها وتعقبهم من خلال تجريم صور الاجتماع علي اختلافها وأيا كان غرضها، وكأن الدخول في اجتماع معين قرين الجريمة، أو هو الطريق إليها.

٨٩٨- وفضلا عن أن حرية التعبير والحق في الاجتماع لا يجوز تقييدهما في غير ضرورة، فإن الحرية الشخصية ينال منها تقويض إرادة الاختيار الكامنة فيها، والتي تبلور الشخصية الإنسانية في جوهر ملامحها. وهو ما يتحقق علي الأخص من خلال حمل أشخاص علي الشهادة التي تدينهم، فلا يكون الإدلاء بها غير تعبير عن منطق القهر والإملاء. وكلما كان المخاطبون بالقوانين الجنائية لا يملكون غير خيار الخضوع لأحكامها، أو حملهم جبرا علي الإدلاء بشهادة يريدون كتمانها، حتى لا يتهموا جنائيا بسببها؛ فإن هذه القوانين تكون مخالفة للدستور، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي تؤثم أفعالا بذواتها، وتفرض علي من يأتونها صورا من الجزاء لها من ضراوتها ما يختل به التوازن بين الجريمة وعقوبتها. فلا تكون عقوبتها هذه غير تعبير عن منافاتها للقيم التي ألفتها الدول المتحضرة في مظاهر سلوكها المختلفة، وعلي الأخص كلما كان تقدير عقوبتها واقعا في إطار نظرة متخلفة ترتد إلي حقبة ماضية نبذتها أسرة الأمم في مفاهيمها الأكثر تطورا.

٨٩٩- ولأن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين، فإن معاقبة الشخص عنها أكثر من مرة، يكون كذلك منافيا القيم التي احتضنتها الأمم المتحضرة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متلاحقا عن الجريمة ذاتها، ولو أعطي المشرع الواقعة الإجرامية ذاتها، تكييفا مختلفا. وتنطبق هذه القاعدة حتى في الدول الفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها فيما بين ولايتها من جهة والسلطة الفيدرالية من جهة أخري Separate Sovereignties.

ذلك أن السيادة -وسواء كانت موزعة في الدول الفيدرالية، أم مجمعة في الدول البسيطة التكوين- هي في النهاية سيادة في دولة واحدة لا تجاوز مباشرتها الخط الخارجي لحدودها الإقليمية. ولا يجوز بالتالي لولاية في تنظيم فيدرالي - وعلى ما نراه- أن تعاقب متهما مثل أمامها وفقا لقوانينها، في شأن جريمة كان قد حوكم عنها أمام محكمة فيدرالية، ولو كان نشاط الجاني يكون جريمة فيدرالية وجريمة محلية في آن واحد، بشرط أن تتحد الجريمتان في أركانهما.

ذلك أن كل ولاية، وإن كان لها تشريعاتها التي تخولها القصاص من الجناة عن جرائمهم التي يرتكبونها في إقليمها -ولو كان المشروع الإجرامى قد انبسط إلي حدود أكثر من ولاية- إلا أن ملاحقة الشخص عن الجريمة ذاتها لمجرد تعدد القوانين التي تعاقبه عنها، يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة. ومرد ذلك أن هذه القوانين جميعها تطبق في دولة واحدة.

ويزيد الأمر سوءا أن الولاية فى الدولة الفيدرالية قد تقبل بحكم قضائى صدر عن دولة أجنبية فى شأن شخص مقيم فى الولاية، فلا تعيد محاكمته من جديد أمامها، ولو كانت الجريمة التى ارتكبها، مؤثمة كذلك بمقتضى قوانين الولاية. وأولى بها أن تنزل على قضاء صدر عن ولاية غيرها، أو عن السلطة الفيدرالية الوطنية، فى شأن الجريمة ذاتها. ذلك أن الدستور وإن كان قد احتجز لكل ولاية بعض مظاهر السيادة التى اختصها بها، إلا أن عليها أن تباشر هذه السيادة بالتوافق مع السيادة الفيدرالية وليس بما يناقضها. فضلا عن أن وحدة شعوبها تقتضيها أن تطبق قوانينها بطريقة منصفة، وبما يكفل رخاءها العام، وليس بما يقوض هذه الوحدة أو يفصمها. وحقائق العدل ومعطياتها، ينافيها كذلك ملاحقة شخص عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة سواء أدين عنها. أو اعتبر بريئا منها.

٩٠٠- وقد آل تطور حقوق الإنسان إلى حظر كل عقوبة أو معاملة تكون قاسية أو مهينة، وإن ظل تحديد ماهية هذه العقوبة أو المعاملة، عصيا على البيان. وتردد الوثائق والعهود الدولية هذا الحظر. وهو ما تقرر بنص المادة ٥ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان؛

وبنص المادة ٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية السياسية، وبنص المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية، وبنص المادة ٢٥ من الإعلان الأمريكى لحقوق الرجل وواجباته التى تقضى بأن لكل فرد الحق فى معاملة إنسانية خلال فترة احتجازه؛ وبنص المادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية فى شأن حقوق الإنسان التى تكفل لكل شخص تكاملاً فى قواه العقلية والخلقية والبدنية؛ ولا تجيز تعذيبه أو تعريضه لمعاملة أو لعقوبة غير إنسانية أو مهينة؛ وتوجب معاملته -وكلما حرم من حريته- بما يحفظ عليه كرامته؛ وتحظر امتداد العقوبة لغير الجناة.

ولا تزال عقوبة الإعدام تثير جدلاً عريضا بين الفقهاء والقضاة ورجال علم الاجتماع. ذلك أن مفاهيم القصاص الكامنة فيها، لم تردع آخرين عن إتيان الجرائم المؤدية إليها، وتعارضها بعض الدول التى لا تزال تعطى للحياة قيمتها. وقيل في ذلك بأن مفهوم الردع وإن كان يبلور الغاية النهائية لهذه العقوبة؛ إلا أن من غير المقبول إجهاض حياة الإنسان بناء على حكم قضائى يحتمل الخطأ، أو على ضوء تطبيق القضاة لهذه العقوبة بمعايير مختلفة يناقض بعضها البعض، ولا تكفل للجناة بالتالي تساويهم فى فرص فرضها.

وقد كان من شأن الهجوم المتصاعد على عقوبة الإعدام، والقول بانتفاء طبيعتها الخلقية ومنافاتها للإنسانية وملاءمتها، أن قل عدد الأشخاص الذين يساقون إليها بأحكام قضائية، بالرغم من ازدياد الجرائم التى تستوجبها. وتضاءل كذلك عدد الأشخاص الذين تنفذ فيهم هذه العقوبة بعد توقيعها بما يؤكد النفور العام منها، وتردد القضاة فى فرضها والجهة الإدارية فى تنفيذها.

وأيا كان شأن عقوبة الإعدام من جهة قسوتها أو القول بمنافاتها القيم الإنسانية، فإن إيقاع هذه العقوبة يفترض توافر وسائل إجرائية وتحقيق ضوابط موضوعية.

وتأخذ الأشكال الإجرائية لهذه العقوبة في حسبانها، طريقة تشكيل الجهة القضائية التى تختص بتوقيعها؛ وما إذا كان حكمها بتوقيعها معلقا على إجماع أعضائها،أم كان جائزاً صدوره بموافقة أغلبيتهم؛ وما إذا كان توقيعها تحكمياً؛ وما إذا كان فرضها اختيارياً. وتحدد القيم المعاصرة ضوابط فرض هذه العقوبة، ولا تجيز أن يكون توقيعها واقعاً في اطار السلطة التقديرية المطلقة، وتقتضى أن تصاغ القوانين التى تفرضها فى حدود ضيقة، وأن تحدد هذه القوانين بصورة جلية لا خفاء فيها شروط تطبيقها.

ويظل مطروحاً أمام جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ما إذا كانت هذه العقوبة- وبغض النظر عن الأشكال الإجرائية التى تحيط بتوقيعها- تعتبر فى محتواها- عقوبة قاسية لا يجوز فرضها.

ذلك أن القول بقسوة العقوبة، من الدفوع الموضوعية التى تتصل بمضمونها. وهى قسوة تبدو متناهية فى شدتها مادياً ونفسياً من خلال عقوبة الإعدام، وعلى الأخص بالنظر إلى طول المدة بين توقيعها وتنفيذها. وهى مدة يقضيها المحكوم عليه بها متربصا لحظة إنهاء حياته وتدميره بصفة نهائية، فلا يبقى له من وجود. كذلك يميل الاتجاه العام فى كثير من الدول إلى إلغاء هذه العقوبة سواء بصفة فعلية أو قانوناً بما يؤكد أن هذه العقوبة لم تعد تمثل اليوم -فى بقائها- حقيقة تاريخية. بل إنها تناقض القيم المعاصرة وتزيد فى قسوتها على أية عقوبة تقبل بها الدول الحرة. ومن شأنها الحط من كرامة المحكوم عليهم بها. وهى كذلك عقوبة انتقائية أحيانا لافتقارها إلى الضوابط الواضحة التى تضيق من نطاق تطبيقها. وقد يقع التمييز فى مجال فرضها بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة.

بيد أن المنادين بإلغاء عقوبة الإعدام، فاتهم إنها قصاص عادل فى شأن جرائم القتل، وأنها لا تعتبر قاسية بالنظر إلى خصائص الجرائم التى تقابلها، وهى جرائم خطيرة بطبيعتها تقض أمن الجماعة وتفزعها، ويتعين بالتالى ردع مرتكبها.

٩٠١- تلك صور من القيم التي احتضنتها الدساتير، والتي لا يجوز المشرع أن ينتهكها وعلي الأخص من خلال جزاء جنائي يسقطها. ذلك أن الدستور ما قرر هذه القيم إلا لضمان المصالح التي ترتبط بها. وجميعها مصالح يتصل صونها بكرامة الإنسان التي ينافيها حمله علي الخضوع للسلطة حتي لا ينطق، ولبأسها حتي ينعزل عن غيره، ولقسوتها ولو كان فعلها تعذيبا أو تنكيلا أو مصادرة للحق في الكلمة، أو للحق في الإبداع، أو للحق في تكامل الشخصية، أو للحق في حرية مفتوحة أبوابها، وفي وسائل للعيش تتهيأ طرائقها، واشكالا من الاختيار تتعدد دروبها، ونوافذ من المعرفة عريضة مداخلها، وروافد للملكية الخاصة لا يجوز أن تختل حرمتها. فذلك كله بعيد عن تدخل المشرع، وعلي الأخص من خلال جزاء جنائى ينال من الدائرة المنطقية لكرامة الإنسان التى تفترض ألا يستعبد، وأن يعمل، وأن يطور من ظروفه وملكاته، وأن يشق باجتهاده طريقه إلي حياة أفضل، فلا يصعد وجهه لغير الله تعالي إذا حزبه أمر.

٩٠٢- ويؤثر الإبداع في العلوم والفنون في حياة الدول جميعها، ويعطيها وجهها المشرق، ويكفل حيوتها وتقدمها، واتصال مظاهر التطور فيها بأسبابها وبالآمال المعقودة

عليها. ولا يجوز بالتالي أن يتقيد الإبداع بقيود لاينطلق معها إلى الآفاق الجديدة التي يتعين أن يقتحمها، ولا أن يكون من شأن هذه القيود الحد من تشجيعه توثباً وانطلاقاً. بل إن الحق في الإبداع يكاد أن يكون من الحقوق التي لا يجوز تقييدها مالم يكن في بعض صوره، منافياً" للقيم الخلقية في أصولها وثوابتها، أو ملحقاً الإنسانية أضراراً لا يجوز القبول بها، أو مناقضاً من وجه آخر، الفرائض العلمية في جوهر مكوناتها.

٩٠٣- وعن كرامة الإنسان، يتفرع الحق فى الحرية بما يؤمنها ضد القبض و الاعتقال غير المشروع، ويصون أدواتها فى التعبير، وركائزها فى العقيدة وقواعد ممارستها، ومتطلباتها فى الانطلاق بالخلق والابتكار إلى آفاق لا حدود لها، لتصفو حرية للبدن وللعقل وللضمير، ولتكوين أسرة تكون هى الخطوة الأولى فى التقدم.

٩٠٤- تلك صور من الفرائض التي تستلهمها النظم الديموقراطية أو تقوم عليها، ولا يجوز لقانون جنائي أن يشرع علي خلافها، وإلا ناقض الدستور. ولا يجوز كذلك في إطار هذه النظم الديمقراطية أن ينال المشرع من جوهر الحق أو الحرية، آخذين في الإعتبار أن هذا الجوهر Nucleus هو النطاق المنطقي لمباشرتهما ولتحقيق فعاليتهما. ذلك أن الحقوق والحريات جميعها مردها إلى مصادرها التي يستقيم بها وجودها. فلا يختل بنيان الحق أوالحرية من خلال قيود غير مبررة، سواء في مضمونها، أو وسائلها، أو أهدافها، على أن يكون مفهوما أن النطاق المنطقي للحق أو للحرية، إنما يتحدد ليس فقط على ضوء حقيقة فحواه ودرجة اخلال النصوص القانونية بصحيح مضمونه، وإنما كذلك على ضوء الآثار العملية التي رتبها والتي ترصدها الجهة القضائية لتحدد قدر تأثيرها في أوجه الحماية التي كفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم.

الفصل الثانى

القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم

أولا

مفهوم هذه القاعدة

٩٠٥- وسواء ورد النص على حقوق المواطنين أو حرياتهم فى الدستور، أو فى وثائق إعلان الحقوق، أو كان المشرع مصدرها المباشر، فإن تنظيمها بأداة أدنى من القانون لا يجوز. وإنما يتم ذلك بقانون يحيط بها، أو يتناولها على الأقل فى خطوطها الرئيسية، على أن تقره السلطة التشريعية التى تدير بنفسها -ومن خلال أعضائها الذين يمثلون هيئة الناخبين- حواراً جاداً وحقيقياً وعلنيا حول مواده جميعها بعد بصرها بجوانبها المختلفة، ونظرها فى مثالبها ومزاياها، وقدر تحقيقها لأهدافها، والبدائل الأفضل لضمان الأغراض المقصودة منها.

فلا يكون الحوار حول مضمون القانون، ومقاصده، خفياً واقعاً خلف جدران مغلقة La publicité des débats parlementaires، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة يقارع بعضها البعض، وتتنوع اتجاهاتها، وتتعدد مداخلها، وتتزاحم القيم التى تدور حولها. فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض فى جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء حلول توفيقية تزيل ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح المثارة فيه من تخالف، فلا يكون القانون فى صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة -وعلى الأقل فى العريض من خطوطها- لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التى لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بضغوطها أو بإغواءاتها؛ ولا أن تعطل مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التى تمارسها فى الحدود التى نص الدستور عليها. بما يجعل إقرار القانون عملية حذرة بطبيعتها، بعيدة عن الاندفاع أو السطحية، وقائمة على تحليل أحكامه وتقييمها، فلا يقر البرلمان قانوناً تهوراً أو استهواء([1]).

([1]) Charles Debbasch ; Jean – Marie Pontier ; Jacques Bourdon et Jean Claude Ricci, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 3e edition augnemtée et corrigée, Economica pp.552-533

ثانيا

احتجاز الدستور مسائل بذواتها لتنظمها السلطة التنفيذية، لا يمنع من تدخل البرلمان تشريعيا فيما سواها

وحتـى فـى ظل الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ الذى اعتبر كافة المسائل التى لم يعهد الدسـتور بها إلى البرلمان، من طبيعة لائحية([1]).، يظل للبرلمان أن يشرع فى كافة المسائل التـى يتولاها وفقا للدستور. وهى مسائل قد تبدو محدودة فى نطاقها، ولكن يكفيها أنها تتناول فـى بعـض جوانـبها تحديـد الضوابط الرئيسية التي يباشر المواطنون في نطاقها حقوقهم وحرياتهم بما يؤكد ضماناتها ويكفل بالتالى فعاليتها.

La loi fixe les régles concernant les droits civiqes et les garanties fondamentales accordees aux citoyens pour l'exercise des libertés publiques

ثالثا

بين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها

تعمـل السـلطة التنفـيذية فى حدود القوانين القائمة، وتحرص على تنفيذها فى إطار مسئوليتها ووفق واجباتها([2]).

وسـواء احتجـز الدستور للسلطة التنفيذية مسائل تشريعية بطبيعتها، واختصها وحدها بتقرير القواعد القانونية التى تحكمها، أم تولى البرلمان وفقاً للدستور الولاية التشريعية بكامل مفـرداتها، لتحـيط القوانـين التى يقرها بكل شأن عام، فإن عليها ألا تطلق يدها فيما يتولاه البرلمان أصلاً من الشئون .

ولا يجوز لها بوجه خاص أن تنفذ قانوناً بما فيه تعطيل أو تقييد لأحكامه أو إعفاء منها؛ ولا أن تحصل من البرلمان على تفويض غامض الأبعاد أو عريض الاتساع لتخول به نفسها جانبا هاما أو رئيسيا من الولاية التشريعية؛ ولا أن تهبط بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية إلى ما دون مستوياتها التى درج العمل فى الدول الديموقراطية على التقيد بها؛ ولا أن تعطل

([1]) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ على أن كافة المسائل التى لا تدخل فى مجال القانون، تكون لها طبيعية لائحية

Les matieres autres que celles qui sont du domoine de la loi, ont un caractére réglementaires.

([2]) يقع كثيراً أن يكلف البرلمان السلطة التنفيذية، بوضع اللائحة التنفيذية للقانون خلال أجل محدد، إلا أن هذا الأجل لا يعتبر محدداً بقاعدة آمرة لا يجوز تجاوزها، وإنما هو ميعاد تنظيمى فقط.

الانـــتقاع بهـــا بمـــا يحـــيلها أعجاز نخل خاوية لا قيمة لها سواء بقتل نواتها Nucleusأو بانتقاصها من أطرافها.

رابعا

مضمون القانون وطريقة تنفيذه

ليس كافيا أن توافق القوانين التى يقرها البرلمان نصوص الدستور فى الأشكال التى تفرضها، والمضامين التى تقتضيها. ذلك أن طريقة تنفيذها هى الخط الفاصل بين تصوراتها النظرية وحقائقها العملية. وتعين بالتالى أن يكون تنفيذ القانون واقعا فى إطار المفاهيم التى التزمتها الأمم المتحضرة فى مجال ضمانها لحقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص تلك التى منحتها مواثيق حقوق الإنسان، صفة دولية، كالحق فى الحياة، وفى الحرية، وفى الملكية، وفى ضمان حرية التعبير.

بيد أن تنفيذ القانون يتأثر بما إذا كان مضمونه قد تحدد وفق ضوابط منطقية وازن المشرع من خلالها بين كافة البدائل التى لها صلة بموضوع القانون، واختار أقلها إرهاقاً([1])، وأقربها إلى تحقيق الأغراض التى يستهدفها، ولو لم يكن الدستور قد حصر حقوق المواطنين وحرياتهم فى قائمة مغلقة. ذلك أن النص فى الدستور على حقوق بذواتها، لا يفيد عدم استحقاق المواطنين لغيرها مما يتصل بالشئون التى تعنيهم، وترتبط آمالهم بها([2]).

وقاعــدة اختيار البديل الأقل إرهاقاً، هى التى قننتها المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال تقريراتها التي تؤكد فيها ما يأتي:

أولاً: أن الحكـــم الشرعى –وكلما كان تكليفا– يفترض دوماً أن يكون مقدوراً للمكلفين داخلاً فى وسعهم([3]).

([1]) يلاحظ ان اختيار البديل الأقل إرهاقا يندرج فى إطار المفاهيم التى أتت بها الشريعة الإسلامية التى تمنع إيقاع الناس فى الحرج.

([2]) يقضى التعديل التاسع للدستور الأمريكى بأن النص فى الدستور على حقوق بعينها لا يجوز أن يفسر بمعنى إنكار حق الشعب فى الحقوق الأخرى التى استبقاها لنفسه.

أنظر فى ذلك:

The federalist No. 84 (Modern Library ed. 1937) 3 story, cammentators on the Constitution of the United States 1898 (1933).

([3]) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٧/٧– قاعدة رقم ٧٩– ص ١١٢٧ من الجزء الثانى من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانـياً: لـئن كـان الاجتهاد حقاً لولى الأمر ينظر فيما يعرض عليه من المسائل ليقرر الحلـول التـى تلائمها إخماداً للثرثرة وإنهاء للتنازع والتناحر، إلا أن ولى الأمر ملزم بألا يشـرع حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا نقض قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج([1]).

وإذ يفاضـل المشرع بين حلول مختلفة فى شأن الموضوع محل التنظيم ليختار أنسبها لحكم العلائق القانونية التى تواجهها، فإن هذه الحلول جميعها يتعين أن توافق الدستور.

خامسا
القيود الجائزة على حقوق المواطنين وحرياتهم

ليس الدستور -وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- مجرد تنظيم إجرائى يحدد لكل سلطة تخوم ولايتها وقواعد الفصل بينها وبين غيرها من السلطات، وإنما يبلور الدستور أصلاً قيما وحقوقاً لها مضامين موضوعية كفل حمايتها وحرص على أن يرد عنها كل عدوان حتى لا تفقد قيمتها أو تنحدر أهميتها. ولا تنفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديموقراطية فى أشكالها الأكثر تطوراً، ولكنها تقارنها وتقيم أسسها وتكفل إنفاذ مفاهيمها([2]).

ولا يجوز فى إطار هذه المفاهيم مصادرة الحقوق أو تهميشها أو انتقاصها من أطرافها أو الهبوط بمستوياتها إلى حدود لا تقبلها الدول الديموقراطية([3]).

فـذلك كله مما لا يجوز أن يصدر عن المشرع سواء فى قانون أو فى قرار بقانون([4]). ذلـك أن المحكمـة العلـيا والمحكمة الدستورية العليا من بعدها، وإن أجازتا أن ينظم القرار

([1]) القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ ق "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٦ ص ٦٩٧- ٧٩٨ من الجزء الثامن. والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق "دستورية" قاعدة رقم ١٢- جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- ص ١٦٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. أنظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ ق "دسـتورية" جلسـة ١٥ يونيه ١٩٦٦- قاعدة رقم ٤٧ -ص ٧٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

([2]) القضـية رقـم ٥٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٤- ص ٩٢٣ من الجزء الثامن.

([3]) القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٤ -ص ١٠٦٧ من الجزء الثامن.

([4]) تقرر المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بجلستها المعقودة في ١٩٩١/١٢/٧ في القضية رقم ١٥ لسـنة ٨ ق دسـتورية - قاعدة رقم ٩- صفحة ٣٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، أن المراسـيم بقوانـين التي تصدر طبقاً لنص المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ لها بصريح نصها قوة القانون. ومن ثم تتناول هذه المراسيم بالتنظيم كل ما يتناوله القانون.

بقانـــون كافـــة المســـائل التـــى يجوز أن يتناولها القانون؛ وكان البعض قد انتقد اتجاه هاتين المحكمتـــين إلى مساواة القرار بقانون بالقانون فى شأن المسائل التى ينظمانها-وعلى الأخص فى مجال حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية- إلا أن قوة القانون تتحقق فى كل قرار بقانون يصـــدر عن رئيس الجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨ و١٤٧ من الدستور، ما لم تسقط هذه القوة فـــى الأحـــوال المنصوص عليها فى هاتين المادتين. وقوة القانون هذه هى التى تكفل مساواة القرار بقانون بالقانون بمعنى الكلمة فى مجال جواز تنظيمهما للحقوق عينها. وإن تعين القول بأن تنظيم الحقوق بقانون هو الأصل فيها، وأن تناولها بقرار بقانون هو ما ينبغى التحوط فيه باعتـــبار أن كـــل قرار بقانون لا تتوافر فى إصداره الفرص الحقيقية التى للقانون فى مجال إقراره من حوار جاد يتسم بالحيوية والتدفق، حول مضمون القانون والآثار التى يرتبها.

سادسا
التمييز بين قيود يفرضها الدستور
وبين قيود يفرضها المشرع على استعمال الحقوق

ويتعين دوماً فى مجال القيود على مباشرة الحقوق، التمييز بين نوعين من القيود:

أولهما: قيود يفرضها الدستور على مباشرة بعض الحقوق، فلا يكون الدستور غير مصدر مباشر لها. وهذه لا يجوز لأحد أن يعارض الدستور فيها، وإنما يتعين قبولها بحالتها وتطبيقها على المخاطبين بها، أيا كان قدر معقوليتها أو أثرها على الحقوق محلها([1]).

ثانيهما: قيود يكون المشرع مصدرها المباشر. وتتعدد صور هذه القيود لتراقبها المحكمة الدستورية العليا جميعها فصلاً فى اتفاقها أو مخالفتها للدستور. وشرط جوازها ألا تخل بالدائرة المنطقية التى يعمل فيها كل حق. فالحق فى الدفاع لا يجوز أن يعاق بما يفقده محتواه أو يجرده من قيمته العملية. وكذلك الشأن فى الحقوق جميعها، كالحق فى العمل أو فى

([1]) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ١٥ ابريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤١- ص ٦٥٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. (ويلاحظ أن من بين القيود التى يفرضها الدستور مباشرة تلك التى تـــتعلق بحقى الانتخاب والترشيح ذلك أن المادة ٨٧ من الدستور، تستوجب أن يكون نصف عدد أعضاء مجلـــس الشـــعب- على الأقل- من العمال والفلاحين. كذلك تنص المادة ٢٦ من الدستور عن أن يكون لصـــغار الفلاحـــين وصـــغار الحـــرفيين، ٨٠% على الأقل من مقاعد مجالس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية التعاونية الصناعية).

ضمان حرمة خواص الحياة والحق فى الملكية. ذلك أن الحقوق جميعها لا يجوز تنظيمها على نحو يخل بموازينها، أو بما يدمر أصلها. أو يحيلها هباءً منثوراً.

سابعا
ضابط عام في شأن دستورية القيود التي يفرضها المشرع

ولا شأن للرقابة على الدستورية بما إذا كان إقرار القانون فى وقت دون آخر ملائما أو غيـر ملائم، ولا بالسياسة التى ينتهجها المشرع فى مجال تنظيمه لبعض الحقوق، ولو تواتر على تطبيقها، ما لم يبلور بها –ويصوغ على ضوئها– مفاهيم يناهضها الدستور([1])

ولا شـأن لهـذه الـرقابة كـذلك بالتعارض بين نصى قانونين يتحدان أو يختلفان فى مرتبتيهما، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفا فى هذا التعارض. ذلك أن مخالفة لائحة لقانون، أو مخالفة قانون لقانون، يصم المخالفة بعيب عدم المشروعية. وهو عيب لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فيه.

ذلـك أن ولايتها فى المسائل الدستورية حذرة بطبيعتها، وتحملها على عدم الخوض فى هـذه المسـائل كلما كان تجنبها ممكنا. فإذا وجد أساسان لإلغاء ولإبطال نص قانونى، وكان أحـدهما يسـتند إلى مخالفة نص قانونى لقانون قائم، وثانيهما إلى مخالفة هذا النص القانونى للدسـتور، فـإن النعى على هذا النص بخروجه على القانون، يتقدم المخالفة الدستورية. ولا تتوافـر للطـاعن بالتالى مصلحة فى اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرر مخالفة هذا النص للدستور.

ثامنا
دائرة التأثير المتبادل بين الحقوق

لا تنفصل الحقوق التى ينص الدستور عليها أو التى يكفلها المشرع عن بعضها البعض. ذلك أن الحقوق جميعها –وكأصل عام– تتواصل فيما بينها ليؤثر كل منها فى الآخر. ومنها ما يعتبر مكملا لغيره من الحقوق. فحرمة المنازل يقويها أنها فرع من الحق من ضمان خواص الحياة. وإرادة الاختيار التى نستلهمها فيما ندخل فيه من العقود، يبسطها أنها فرع من الحرية

([1]) القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق "دستورية"– جلسة ١٩٩٨/٣/٧ – قاعدة رقم ٨٨– ص ١٢١٢– ١٢١٣ من الجزء الثامن.

الشخصية. والحصانة التى يفرضها الدستور على أعمال بذواتها، يتعين النظر إليها من خلال أثرها على حقوق الملكية التى تجردها هذه الحصانه من مشتملاتها([1]).

وحــرية التنظيم النقابى ينشطها أنها فرع من حرية الاجتماع. وحق الإنسان فى تكوين أســرة مؤداه أن يختار من يدخل فيها، ليكون أبناؤه مشمولين برعايتها، وبالحقوق التى كفلها الدستور لها.

وهذه الصلة بين الحقوق بعضها البعض، يدخلها فى منظومة متكاملة لا يجوز أن يغض المشرع بصره عن بعض أجزائها. وإنما تتساند هذه الحقوق إلى بعضها، وتتبادل التأثير فيما بينها بما يحيط بالصورة الإجمالية لها، وبالمفاهيم الكلية التى تشملها، وبالعريض من خطوطها الرئيسية. بل إن إمعان النظر فى هذه الحقوق- على ضوء الصلة التى تربطها ببعضها- يدل علــى أنهــا تتوافق ولا تتنافر فيما بينها، وأن منها ما يعتبر ضمانا إضافيا لغيره، أو مبلوراً معناه بصورة أفضل، أو كافلاً تطويره.

كذلك فإن الصلة بين الحقوق وبعضها، لازمها أن يدخلها المشرع فى اعتباره فيما يقره أو يصـــدره مـــن النصوص القانونية لتنظيمها. فإن لم يأخذها فى حسبانه، آل ذلك إلى تخبط النصـــوص القانونـــية فى حركتها نحو تحقيق الأغراض التى تستهدفها، فلا تتناغم أجزاؤها، وإنما ينفرط اتساقها ويختل نسيجها العام.

فحـــق المرشحين فى الفوز بعضوية المجالس التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين فى الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يثقون فيه من بينهم. وهما بذلك حقان مرتبطان يتبادلان التأثير فــيما بينهما. ولا يجوز بالتالى أن تفرض على أيهما تلك القيود التى لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كافلاً إنصافها وتدفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها.

فالنظم الانتخابية جميعها، تفترض تكافؤ فرص التمثيل فيها، وتوازن عرض المرشحين فـــى الحملـــة الانتخابية لآرائهم فى نطاقها، وإعلان كل منهم عن الأموال التى ينفقونها فيها ومصـــادرها، بما يكفل ضبط العملية الانتخابية لضمان حيدتها، فلا يصادر المشرع آراء فيها

([1]) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "دستورية"- جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٢- ص ٩٠٦ ومابعدها من الجزء الثامن.

بالنظر إلى مضمونها، ليعوق اتصال الناخبين بها، وعلى الأخص من خلال تحديده مكان الحملة الانتخابية أو زمنها[١].

كــذلك فــإن حق النقابة فى أن تحدد بنفسها وسائل تحقيقها لأغراضها، لا ينفصل عن انــتهاجها الديموقــراطية أسلوبا وحيداً ينبسط على نشاطها ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها، بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم.

فــلا يجــوز بوجه خاص إرهاقها بقيود تعطل مباشرتها لوظائفها، ولا أن يكون تمتعها بالشخصية الاعتبارية معلقاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا تأسيسها موقوفاً على إذن من الجهــة الإداريــة، ولا أن تحل هذه الجهة نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه أكفل لتأمين مصالح أعضائها والنضال من أجلها.

تاسعا

تعدد وسائل الإخلال بحقوق المواطنين وحرياتهم، يبطلها جميعها

من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن النصوص القانونية هى المدخل لتحقيق الأغراض التى يتوخاها المشرع من تنظيمه للحقوق جميعها. وشرط ذلك أن تكون هذه النصوص مؤديه عقلا لتحقيق الأغراض التى ربطها المشرع بها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بتلك الأغراض مفتعلا قائما على التوهم وإنما يكون اتصالها بها حقيقيا ومنطقيا فى آن واحد. ويفترض ذلك فى المشرع إدراكه لمضمون كل حق، ولحقيقة الأغراض التى ينبغى أن يستهدفها أو التى حددها الدستور ورسمها.

فحرية التعبيرهى الطريق لبناء نظم ديمقراطية تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصومها، وبمسئوليتها قبل مواطنيها، وبرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها، وإستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير، وطرحها من خلال الحوار لبدائل يفاضلون بينها لاختيار أصلحها.

ومــن ثــم يــتحدد مضمون حرية التعبير من منطلق أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضــها، ولا مصادرة أدواتها، ولا فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضــونها، أو يــرونها منافية لقيم محدوده أهميتها أو يحيطون ذيوعها بمخاطر منتحلة

---

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق "دستورية"- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٤٨- ص ١١٧١- ١١٧١ من الجزء الثامن.

يدعـــونها، وبـــوجه خـــاص لا يجـــوز اقتلاع حرية التعبير بالنظر إلى مضمون الآراء التى تروجها([1]).

ويناقض حرية التعبير بالتالى، أن ينظمها المشرع بما يجعل الناطقين بالكلمة، يتخوفون من مغبتها عليهم. وفى ذلك خروج على المضمون الحق لحرية التعبير التى تكفل تدفق الآراء وإنسيابها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق فى الحوار العام، يفترض تساويها فى مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن شفافية العناصر التى يدور الجدل حولها، مؤداه حظر حجبها أو تشويهها أو تزييفها([2]).

عاشراً

صور من القيود غير المبررة على مباشرة الحق أو الحرية

الأصـــل فـــى حقوق المواطنين وحرياتهم التى لم يمنعها المشرع، أنها تدخل فى دائرة المـــباح. فإذا نظمها المشرع بقانون، تعين أن تكون القيود عليها في أضيق نطاق ومن طبيعة القيود التى يجوز القبول بها فى الدول الديموقراطية مجتمعاتها.

وكلما كان الغرض من هذه القيود ازهاق مخاطر يختل بها النظام العام، تعين حصرها فى نطاق الضرورة التى تقتضيها، وأن يكون أثرها فعالا فى تقويض أو تقليص هذه المخاطر كافلا تناسبها معها Nécessaire, efficàce et proportionée à limportance du désordre وهو ما يقتضى النظر فى أمرين:

أولهما: عمق الدائرة التى تتناولها هذه المخاطر بآثارها.

ثانيهما: ما إذا توافر بديل عن هذه القيود، يكون أقل حدة منها، وأدنى لتحقيق أهدافها.

فـــإذا جـــاوزت تلك القيود بمداها حقيقة المخاطر التى تواجهها، أو لم يكن لها بها من شأن، تعين إبطالها.

وتكـــون القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم منافية لطبيعتها ولمتطلباتها فى فروض كثيرة يندرج تحتها:

---

(1) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق "دستورية" ص ١١٦٨ و ١١٧٠من الحكم السابق.

(2) ص ١١٧٠ من الحكم السابق.

أولاً: أن تمــارس الإدارة ســلطتها البوليســية لتعلق انتفاع المواطنين ببعض حقوقهم وحــرياتهم التــى كفلهــا الدســتور أو القانون،علــى شــرط إخطارهــا سلفا بعزمهم على مباشرتها([1]).وهو ما لا يجوز. ذلك أن شرط الإخطار ليس من الفرائض التى علق الدستور علــيها هــذه المباشرة. وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا فى مجال بيانها لحدود حرية التعبير، وذلك بقولها بأن هذه الحرية لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة عليها، أو من جهة العقوبة اللاحقة التى تتوخى قمعها(٢).

ثانــياً: أن تعلــق الإدارة مباشــرة بعــض حقــوق المواطنــين على تراخيص سابقة L'autorisation préalable تصدرها وفق مطلق تقديرها لتمنحها أو تمنعها بإرادتها بما يناقض حقــيقة أن فــرائض هــذه الحقوق أو متطلباتها لا شأن لها بمثل هذه التراخيص التى تعوق مباشرتها.

ولــئن جاز القول بأن الحصول على هذه التراخيص قد يكون ضروريا كشرط لمباشرة بعض المهن، ولضمان حق المواطنين فى صحتهم أو سكينتهم، إلا أن شروط هذه التراخيص التى لا نزاع فى أهميتها وضرورتها فى هذه الأحوال، حدها قواعد الدستور(٣).

ثالــثاً: أن تكــون القيود التى فرضتها الإدارة على حقوق المواطنين أو حرياتهم التى تنظمها، تزيد وطأتها على تلك المقررة بالقوانين الصادرة فى شأنها. ذلك أن القيود الأشد التى

([1]) كــان تجعل عقد اجتماع معين، متوقفا على إخطارها سلفا بالاتجاه إلى عقده، حتى إذا حضره المجتمعون تعقبــتهم فى أرزاقهم أو هددتهم فى حريتهم، أو باشرت ضدهم تدابير قمعية لحملهم على فض الاجتماع. كذلك يناقض شرط الإخطار المسبق، المضمون الصحيح للحق أو الحرية. إذ لا يدخل هذا الإخطار فى مكوناتهما، ولا هو من متطلبات إنفاذهما. ويتعين بالتالى أن يعامل كشرط مضاف يعطل أويقيد الحق أو الحرية، ويؤثر بالضرورة على تحقيقهما لأهدافهما.

([2]) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق "دستورية"- جلسة ١٥ إبريل ١٩٩٥- القاعدة رقم ٤٦- ص ٦٤٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

([3]) يــرفض المجلس الدستورى الفرنسى تعليق مباشرة الصحافة المكتوبة لحرية تداول الآراء والأفكار على تــرخيص مســبق L'autorisation préalable ولكــنه يجيز ذلك بالنسبة إلى وسائل الإعلام المرئية كالتليفزيون .C. C. 86- 217 DC, 18 sep. 1986, R.p 141 ولا كذلك منع الاعلان عن الطباق أو المــواد الكحولية بقصد ترويجها ذلك أن هذا المنع وإن كان يخل بفرص تسويقها ويضر بحقوق الملكية وبحرية المشرع الخاص، إلا أن ذلك المنع يستهدف الحفاظ على صحة المواطن.

C. C. 90 - 283 DC, 8 Janv. 1991, R.p .11.

تفرضـــها الســلطة التنفيذية، تبلور انحرافها فى استعمال سلطتها وترهق المخاطبين بها دون مقتض.

رابعاً: أن تخل الإدارة بالمجال المحجوز للقانون بنص الدستور من خلال لوائحها التى تصدرها بإرادتها المنفردة، والتى لا تتوافر لها الإجراءات المطولة والبطيئة Lente et longue التـــى تســتغرقها عملية صناعة القانون. ذلك أن البرلمانيين يوجهون اهتمامهم إلى كل مادة يحـــتويها مشروع القانون المعروض عليهم، وينظرون فى مثالبها ومزاياها، وما هو قائم من توافـــق أو تعارض بين مواد مشروع القانون. والبرلمانيون يواجهون ذلك كله من خلال آراء يطرحونها علانية -وقد تتناقض فيما بينها- Une débat public et contadictoire على ضوء فهمهـــم لإبعاده، ولحقيقة المصالح التى استهدفها، ليخرج القانون -بعد إقراره وإصداره- فى الصورة التى أرادوها. فلا يكون إلا تعبيرا غير مباشر عن إرادة هيئة الناخبين التى يفترض ألا تتسم بالاندفاع أو الإهمال. وتكفل قواعد القانون المجردة، مساواة المخاطبين بها فى مجال تطبـــيقها. كـــذلك فإن تعمق البرلمانيين مواد مشروع القانون قبل إقراره، يزيده ثراء، ليكون القانون والقضاة المحايدون كفلاء لحقوق المواطنين وحرياتهم(١).

والقانون فى كثير من النظم من عمل برلمان مؤلف من مجلسين، فلا يكون ثانيهما -وهو الأعلى بحكم تشكيله- غير ضمان لمزيد من البحث، ولرؤية أعمق وأشمل(٢).

خامســـاً: أن تصـــدر الســـلطة التنفـــيذية تشـــريعا وقائـــيا يخولها إتخاذ تدابير مانعة L'interdiction تصـــدرها فى نطاق سلطاتها البوليسية، كحظرها لتظاهرة فى الطريق العام تخل فى نظرها بالأمن. وخطورة هذا الإجراء أن مجرد الطعن قضائيا فى أوامرها المانعة، لا يوقف تنفيذها، وأن الحصول على التعويض عن أضرارها، كثيراً ما يكون متراخياً(٣).

حادى عشر
أهمية تنظيم القانون لحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية

يقـــيد القانون حقوق المواطنين وحرياتهم، ويؤثر بالتالى فى كيفية مباشرتهم لها، وفى نطاق تدخل السلطة التنفيذية فى مجالها سواء من خلال التدابير الفردية التى تتخذها فى حالة بذاتها أو عن طريق لوائحها التى تتسم بعموم تطبيقها.

---

(1) C. C. no. 84- 181, DC, 10-11 Oct. 1984.

(2) Charles Debbasch- Jean Marie Pontier- Jean Claude Ricci- Jacques Bourdon, Droit constitutional et Institution politiques 3 e edition augementée et corrigée, Economica, p. 545.

(3) Jacques Robert avec la collabaration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberteés fandamentales, 5e édition, pp. 105-112.

كـذلك فـإن حقـوق المواطنـين وحرياتهم يتحدد نطاقها على ضوء عمق القيود التى يفرضـها المشرع عليها، وما إذا كان البرلمان يأخذ شكل واجهة للسلطة التنفيذية يجيبها إلى نـزواتها، ويفوضـها فـى الخطيـر من الشئون التى يتولاها، ويعهد إليها – فيما يقره من القوانين– بتفصيل مبادئها الكلية والعريض من خطوطها الرئيسية، فلا تكون السلطة التنفيذية التى انساق البرلمان إليها وأطاعها فيما تريد، وتخلى لها عن بعض مظاهر الولاية التشريعية، تابعـة للبـرلمان Un pouvoir subalterne تعمل فى إطار النظم القانونية التى يقرها، ولكنها تصنعها بيد البرلمان تابعها وحليفها. وفى ذلك خروج على مفاهيم الديموقراطية([1]).

ثاني عشر

التنظيم الأولي لحقوق المواطنين وحرياتهم

قـد يتعلق الأمر بحقوق للمواطنين تعتبر من قبيل الحقوق الطبيعية، فلا يكون تنظيمها بقانـون إلا تقريـراً لحقيقة قانونية هى أنها أولى من غيرها بالحماية. لأنها جزء من تكوين الإنسان خلق ليعيش في رحابها، فلا ينفصل وجوده عنها.

وقـد انتقد كثيرون مفاهيم الحقوق الطبيعية بالنظر إلى غموضها وتميعها واستعصائها بالتالى على التحديد الحازم لضبطها؛ إلا أن تقرير هذه الحقوق– التى تندرج الحرية الشخصية تحتها وكذلك الحق فى الحياة، والحق فى التنقل وإرادة الاختيار للدخول فى العقود الملائمة أو الضـرورية– مـرده إلى الفطرة وإلى البداهة العقلية. فالناس جميعهم – وعلى تباين ملكاتهم وخصـائص تكويـنهم النفسـى والعقلى – كانوا يتمتعون أصلا بها قبل انخراطهم فى تنظيم اجتماعـى مـا قبلوا الدخول فيه إلا بقصد ضمان هذه الحقوق بصورة أفضل من خلال تبادل الانتفاع بها، ولتأمين المصالح التى التى تضمهم إلى بعض فى مجال مباشرتها.

ثالث عشر

نطاق الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم

لا تنحصـر حقوق المواطنين وحرياتهم فى تلك التى نص عليها الدستور أو التى كفلها المشـرع، ولكنها تشمل مجموع حقوقهم وحرياتهم المقرره دستوريا وتشريعياً، وكذلك كل ما يندرج ضمنا تحتها ويعتبر من مشمولاتها. بل إن التطور الراهن لحقوق المواطنين وحرياتهم

([1]) Jean Rivero, "Pour un executive qui execute", la Croix, 16 mai 1973; Jacques Robert, "La dialogue democratique", la Croix, 16 April 1975.

الأساسـية يتأبـى على حصرها فى قائمة مغلقة، ويجعل هذه القائمة مفتوحه لكل جديد يكملها ويطورها.

وإلـى هذه القائمة المفتوحة والمتجددة مفرداتها، تمد المحكمة الدستورية العليا بصرها لتحـيط بهـا فـى كل تطبيقاتها. لا فارق فى ذلك بين نصوص قانونية صاغها المشرع وفقاً لمعـيار مـرن لضمان استيعابها لأوضاع تتغاير ظروفها وملابساتها، وبين نصوص قانونية أفرغها المشرع فى قوالب جامدة لتوحيد الحكم القانوني فى شأن الصور المختلفة لتطبيقها([1]).

([1]) القضـية رقم ٣٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"، - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ١٢ ص ١٧٥ مـن الجـزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من صور القواعد الجامدة التى يلجأ إليها المشـرع لتنظيم الحقوق، حدود الغبن فى بيع عقار القاصر وجزاء العدول عن العربون وفوائد التأخير. وتقوم معايير الإكراه والاستغلال المنصوص عليها فى القانون المدنى وكذلك ما يعتبر غلطا جوهريا أو تدليسا، أو باعثا دافعا إلى التعاقد، على ضوابط مرنه تختلف تطبيقاتها من حالة إلى أخرى.

الفصل الثالث
السلطة التشريعية بين التقدير والتقييد

المبحث الأول
الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم
المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية

٩٠٦- تتولى السلطة التشريعية إقرار كافة القوانين الملائمة والضرورية لتنظيم أوضاع مجتمعها، غير مقيدة في ذلك لا بطبيعة المسائل التي تتناولها هذه القوانين، ولا بنوع المصالح التي تؤثر في تشكيل أحكامها، ولا بحقيقة الأغراض التي تتوخى تحقيقها من وراء إقرارها.

وحسبها أن تترسم في ذلك كله حدود الدستور، لا استثناء من هذه القاعدة، إلا أن يكون الدستور قد عهد إلى السلطة التنفيذية بأن تنظم مسائل بذواتها تدخل أصلاً في الولاية التشريعية، ليكون اختصاصها بتنظيمها أصيلا، وموازيا لاختصاص البرلمان فيما تقره هذه القوانين.

ذلك أن السلطة التنفيذية تباشر في هذا الفرض ولايه تشريعية بناء على نص في الدستور احتجز مسائل بذواتها لها وقصرها عليها لتشرع فيها مثلما يشرع البرلمان في المسائل التي أفرده الدستور بها.

وهو ما نراه في فرنسا التي وزع دستورها لعام ١٩٥٨ الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية. فاختص البرلمان بالمسائل التي حصرها في المادة ٣٤ من الدستور، وجعل ماعداها -وعلى ما تقضي به المادة ٣٧ من هذا الدستور- من طبيعة لائحية لتنفرد السلطة التنفيذية بها، فلا يزاحمها البرلمان فيها.

وهذا الاختصاص الموزع في نطاق الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، تؤكده المادتان ٣٤،٣٧ من ذلك الدستور، ونصهما الآتي:

مادة ٣٤

يقترع البرلمان على القوانين.
يحدد القانون القواعد المتعلقة بـــ:

- الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك الضمانات الأساسية لمباشرة حرياتهم العامة؛ وفرائض الدفاع الوطني التي يتحمل المواطنون بها في أشخاصهم وأموالهم.
- الجنسية والحالة وأهلية الأشخاص والنظم المالية للزوجين والمواريث والهبات.

- تحديد الجنايات والجنح وكذلك عقوباتها، والإجراءات الجنائية، والعفو العام، وإحداث نظم قضائية جديدة والنظم التي تحكم القضاة.

وعاء الضريبة ومعدلها وشروط رد كافة الفرائض أيا كانت طبيعتها، ونظام إصدار العملة.

ويحدد القانون أيضا:

- قواعد النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان وللهيئات التشريعية المحلية.

- القواعد المتعلقة بالتأميم وبتحويل ملكية المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ وقواعد إنشاء أنواع من المؤسسات العامة؛ وكذلك القواعد المتعلقة بضمانات الموظفين المدنيين والعسكريين.

ويحدد القانون أيضا المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني؛ وللإدارة الحرة لوحدات الحكم المحلي واختصاصاتها ومواردها؛ وللتعليم؛ ولنظام الملكية وللحقوق العينية؛ وكذلك لكل التزام -مدنيا كان أم تجارياً- وللحق في العمل؛ وللحق في التأمين الاجتماعي؛ وللحق النقابي؛ وللقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة ونفقاتها وفق الشروط وتحت التحفظات التي يبينها قانون عضوى. كذلك يحدد القانون المبادئ المتعلقة ببرامج الدولة الاجتماعية والاقتصادية.

وتنص الفقرة الاخيرة من المادة ٣٤ على أن أحكام هذه المادة يجوز تحديدها وتكملتها بقوانين عضوية.

مادة ٣٧ ونصها الآتي:

فقرة أولي: تعتبر من طبيعة لائحية، كافة المسائل التي لا تدخل في النطاق المحجوز للقانون ونبين من نص المادة ٣٤ .

فقرة ثانية: النصوص القانونية ذات الشكل التشريعي التي تتدخل في المجال اللائحي، يجوز تعديلها بمراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة. فإذا كان التدخل بهذه النصوص في المجال اللائحي واقعا بعد دخول هذا الدستور في مرحلة التنفيذ، فلا يجوز تعديلها بمرسوم ما لم يقرر المجلس الدستوري أنها من طبيعة لائحية وفقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة.

ويبين من نص المادة ٣٤:

أولاً: أن اقتراع البرلمان على القانون، مؤداه أن السلطة التشريعية معقودة لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اللذين يكونان البرلمان معاً. وليس لرئيس الجمهورية بالتالي دور في عملية الاقتراع على القانون.

ثانياً: أن المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور الفرنسي تنظمان عملية تقسيم الاختصاص فيما بين السلطة التشريعية التي تقترع على القانون، والحكومة التي تباشر سلطتها اللائحية من خلال مراسيم تصدرها. وعلى ضوء عملية التقسيم هذه، لا يباشر البرلمان ولاية تشريعية في غير المسائل التي أفرده الدستور بها، ليدخل ماعداها في نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بوصفها مسائل من طبيعة لائحية.

وهو مايعني أن ينحصر اختصاص البرلمان في مسائل بذواتها، أحصاها الدستور Limitativement enumerées ليتولاها البرلمان دون غيره وأن اختصاص السلطة التنفيذية بما عداها، مؤداه أن تتسم ولايتها في مجال تقرير القواعد القانونية بالعموم compétence du droit La commum. وليس للبرلمان الفرنسي بالتالى أن يشرع كالبرلمان البريطاني في كل شئ إلا أن يحول الرجل إلى امراة.

كذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها، علي أن كل النصوص القانونية ذات الطبيعة التشريعية الصادرة قبل الدستور، والتي صار الاختصاص بها داخلا في ولاية السلطة التنفيذية عملا بالفقرة الأولي من هذه المادة، يجوز تعديلها بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

فإذا أقر البرلمان بعد العمل بهذا الدستور نصوصا قانونية تدخل في المجال اللائحى وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧ المشار إليها، فلا يجوز تعديلها بمرسوم، إلا إذا قضى المجلس الدستوري الفرنسى بأن لهذه النصوص، طبيعة لائحية.

المطلب الأول
نطاق اختصاص السلطة التنفيذية

٩٠٧- وسواء تعلق الأمر باختصاص السلطة التنفيذية في مجال إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، أو اللوائح القائمة بذاتها -والتي تستقل في وجودها عن قانون قائم تصدر تنفيذاً لأحكامه- كلوائح الضبط، واللوائح المتعلقة بتنظيم المرافق العامة؛ وسواء كان اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع مما يدخل في نطاق وظائفها الطبيعية، أو يخرج عن المجال الطبيعى لولايتها؛ فإن الرقابة القضائية تنبسط على كافة القواعد القانونية التى تصدرها، وذلك فى الدول التى تفرض هذه الرقابة علي النصوص القانونية جميعها، أيا كان موقعها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها.

ولئن كان الأصل هو جواز الطعن أمام محاكم مجلس الدولة في القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة كلما شابها عوار يتصل بانحرافها في استعمال سلطتها، إلا أن النصوص اللائحية جميعها يجوز إبطالها لمخالفتها الدستور بعد عرض هذه المخالفة علي الجهة القضائية التي تتولى الرقابة علي الدستورية، وتيقنها من صحتها.

وسواء تعلق الأمر بالشطط في استعمال السلطة، أو بمخالفة القواعد القانونية اللائحية للدستور، فإن الجزاء في الحالتين هو إلغاء القرارات الفردية التى جاوزت بها الإدارة حدود سلطتها، أو إبطال القواعد القانونية التى خرجت بها على حدود الدستور.

المطلب الثاني
نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان

٩٠٨- غير أن الصعوبة الأكبر هى فى نطاق سلطة التقدير التى يتمتع البرلمان بها فيما يقره من القوانين. ذلك أن التقدير ليس تشهيا أو إملاء. وإنما التقدير نقيض كل تحكم -ولو لم يختلط بالأهواء- بل كان قرين النزق والاندفاع.

ويفترض لجواز التقدير دستوريا أن يفاضل المشرع وفق اسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة فى الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها ليختار أقلها تقييدا للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التى تعطيها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون مناط التقدير انحرافا أو التواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول محتلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التنظيم، ليعطيها المشرع حقها من التقييم الموضوعى المجرد من مظاهر الافتعال والتعمل. فلا تنفصل الحلول التى ينتقيها عن واقعها وكأنها تحلق فى الفراغ.

٩٠٩- ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صوابا. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشرع بديلا تراه هى أكثر ملاءمة أو أجدر قبولا. وإنما تحرص هذه الجهة على تحقيق أمرين:

أولهما: تحديد الأغراض النهائية التى توخاها المشرع من التنظيم التشريعى المطعون فيه. ثانيهما: النظر فى الوسائل التى اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقا للدستور، ما لم تتوافر علاقة مفهومة تربط النصوص القانونية التى أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حددها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها –أيا كان قدر اتصالها بأهدافها– ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة، لا تقديرية.

٩١٠– وحدود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عمرها، لتلفظها بعد ذلك فى أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر فى حكمها فى القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة فى ٢٠٠١/١٢/٩([1]). أن الدائرة التي يباشر المشرع فى نطاقها سلطته التقديرية، هى الواقعة بين حدين، يتعلق أحدهما بما يعتبر واجبا، وثانيهما بما يكون نهيا.

ولعل ما تقصد إليه المحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهاه عن عمل، فلا تكون أوامرالدستور، ونواهيه، إلا قيدا على سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق. فإذا التزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

٩١١– وقضاء المحكمة الدستورية العليا فى ذلك محل نظر من ناحيتين:

أولاهما: إن السلطة المخاطبة بأوامر الدستور ونواهيه، تتقيد بتنفيذها في كل الأحوال شأن أوامره التي كلفها بالخضوع لها، شأن نواهيه التي عليها ألا تقربها. ومن ثم يكون واجبها

([1]) لم ينشر بعد هذا الحكم: ونص عبارات الحكم هى: <<أن الدائرة التى يجيز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع، هى الدائرة التى تقع بين حدى الوجوب والنهى الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتعاقبة التى تنظم موضوعا وحداً، تعبيراً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة الذى يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التى يطبق خلالها النص القانونى الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تباينت النصوص التشريعية فى معالجتها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق فى مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يعد بذاته إخلالا بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حائل دون التطور التشريعى>>.

منصرفاً إليهما معاً. ذلك أن أوامر الدستور حمل لها علي أداء عمل معين، ونواهيه حمل لها على اجتنابه، ليكون الأمر والنهى واجبين على السلطة التشريعية.

ثانيتهما: أن للقيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة.

* فقد يحيل الدستور إلى القانون فى تنظيم حق معين، كحق الهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة واجبا وفقا للقانون، أو يقرر تنظيم الحق فى الاجتماع على الوجه المنصوص عليه فى القانون. أو يجعل التجنيد إجباريا وفقا للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية بغير أمر من الجهة القضائية.

ففى هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع الذى تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها، خاضعا للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالي فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هى الدائرة الأكثر اتصالا بحقوقهم وحرياتهم العامة التى كفلها الدستور. وهى كذلك الدائرة التى يبسط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأسا، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحرياتهم هذه، منحصرة فى تلك التى نص عليها الدستور وفصلها، وإنما تعدتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها فى الدستور.

ومن ذلك ما تقرر فى التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق فى التنمية، والحق فى التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق فى الإجهاض، والحق فى النفاذ إلى القضاء بدرجاته المختلفة، من قبيل الحقوق التى يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص فى الدستور. فلا تكون حقوقا منحصرة فى دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التعديل فيها، بل هى دائرة مفتوحة تقبل مزيدا من الحقوق الجديدة التى لها قيمة دستورية.

فالعمال الذين يضربون عن العمل، يعتبر حقهم فى ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق مسكوتا عنه فى الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقا ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتبلور هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم نمطا جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينغلق على صورها المنصوص عليها فى الدستور، وإنما يتعداه إلى

حقوق جديدة تتداح دائرتها يوما بعد يوم لتظهر فى قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتدأة كان مجرد تصورها بعيدا عن الأذهان([1]).

* وقد يعطى الدستور أوامر مباشرة للمشرع فى موضوع حدده، فلا يكلفه فقط بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاه عن عمل معين، كان يحظر مصادرة وسائل الاتصال، أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى يكون مسببا ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون. [مادة ٤٥ من الدستور].

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إنذارها أو وقفها أو إلغاءها إداريا [مادة ٤٨ من الدستور].

وقد يحظر إيذاء كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تُقيد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإيذاء بدنيا أو معنويا [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز الدستور -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرهما أو حرمانه من الحق فى التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

([1]) لم يعتبر المجلس الدستورى الفرنسى عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية التجارة والصناعة، ولا المساواة فى المعاملة على صعيد العلائق الاقتصادية، ولا شرط المواجهة فى الإجراءات الإدارية Lo procedure contradictoire er matière administrative، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذات الصفة الدستورية. انظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثانية لمؤلف عنوانه "دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة -تحليلات وتعليقات تحت إشراف كل من الفقهين Gerald Conac; François Luchaire وقد أعتبر المجلس الدستورى الفرنسى حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.23 mai 1979, p.27; 22 juillet 1988, p.46. ويلاحظ أن تعدد درجات التقاضى كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسى والمجلس الدستورى الفرنسى، فبينما يعتبره مجلس الدولة من المبادئ العامة فى القانون الواجب تطبيقها [C.E, 4 fev. 1944] فإن المجلس الدستورى الفرنسى لا يراه كذلك [C.C. 19 nov. 1975].

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقا للقانون ، بمثابة رفض لهذا القرار.

٩١٢- تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. ويدل إمعان النظر فيها على إنها جميعها تعمل فى إطار منظومة تتكامل حلقاتها وتتضافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالى تفسيرها بعيدا عن الإطار العام الذى يشملها.

فحظر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الاطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا يحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التى تحملها. ويتعين بالتالى أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانونا مخالفا للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية فى ذلك، شأن وسائل الإعلام التي تتصدرها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التى تعمل فيها، واتصالها بالتالى بأعداد غفيرة من المواطنين الذين يتطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تعبيرا مناوئا للدولة.

وتظل رسالتها التعبيرية واقعة فى إطار الحق العام المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حرية التعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، فلا يقيد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كان تكون آراؤهم جزءا من مطبوع داعر تنعدم قيمته الاجتماعية، ولا يتمحض إلا فحشا وفجورا.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هى الخلفية التاريخية والإنسانية لعدم جواز إيذائه أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تنافى آدميته بالنظر إلى شذوذها أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالى أن ينظر فى مدة العقوبة أو المعاملة التى لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها فى الضمير الحر، وإلى أن ما لا يجوز من صورها، هو تلك العقوبة أو المعاملة التى تمعن فى قسوتها أو فى خروجها عن ضوابط الاعتدال، لتحط من كرامة الإنسان وفق مستوياتها المعاصرة.

فنحن إذن فى إطار نواه لا تعمل بوصفها قائمة بذواتها، وإنما فى إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل يعتبر الدستور فيما أتى به من نواه، واقعا فى إطارها.

وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من منطلق أن للمشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التى تسعها، وتعتبر من تخومها.

* وتبقى بعد هذا الصورة الثالثة من القيود التى يفرضها الدستور ضمنا على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحرياتهم التي ينص عليها، لتعمل فى الفراغ، أو بما يجردها من منافعها أو يعطل استثمار مكناتها. وإنما ليعطيها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعى لحركتها، فلا تهيم على وجهها، ولا تنهدم لتخور قواها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرهقها، وعلى الأخص عن طريق تدخله فى الدائرة الداخلية لهذا الحق، وهى التى يتنفس من خلالها، وينبض معها بالحياة . وبدونها يصير الحق هامدا.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجية لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التى توخاها الدستور من تقريرهما.

٩١٣ – ولازم ما تقدم، أن يباشر المشرع السلطة التقديرية التى يملكها فى حدود قيدين:

أولهما: ألا يكون تنظيمه للحق مجافيا حقيقة محتواه، أومنصرفا إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرخاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون النصوص القانونية التى يقرها ، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التى حددها المشرع لها أو التى ربطها الدستور بها.

وتلك هى منطقة البدائل .التى تراقبها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بأقل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستظل بها هذا التنظيم.

٩١٤– فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين حدى الوجوب والنهى على ما قررته المحكمة الدستورية العليا فى آخر أحكامها. أم أن التقدير فى حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعى، النائية عن اندفاع التحكم، والموافقة لنصوص الدستور فى دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التى يستهدفها، والمنظومة الأشمل التى يعتبر واقعا فى إطارها.

الفصل الرابع

الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني

٩١٥- يحكم شرط الحماية القانونية المتكافئة، المراكز القانونية التي تتوحد في العناصر التي تقوم عليها، فلا تتنافر أجزاؤها، بل تتوافق بما يكفل توافقها.

وهو يكفل عين الحماية لهذه المراكز، وما يتولد عنها من حقوق، سواء كان الدستور مصدرها المباشر، أم كان نص القانون هو أداة إنشائها المباشرة.

فحق عمال القطاع العام فى أرباح مشروعاتهم، يستند مباشرة إلى نص المادة ٢٦ من الدستور. فإذا أقر البرلمان قانونا كفل به حق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من الأرباح الصافية لمشروعاتهم، صار النص القانوني مصدرا مباشرا لهذا الحق في حالة بذاتها هي التي حددها ذلك النص وبين نطاقها ورسم مداها ورتب عليها حكمها.

ولا يتصور بالتالى فى أى التزام أنشأه المشرع مباشرة بنص قانونى خاص، أن يكون هذا الالتزام مبهما، أو غير مكتمل الأركان، أو مجردا من أثره، ولا أن يكون بيد الدائن أو المدين حق تعيين مداه. وذلك سواء كان الالتزام القانونى بإعطاء شئ أو بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل. إذ يتولى النص القانونى الخاص -فى هذه الصور جميعها- تحديد مضمون الالتزام القانونى، والدائرة التى يعمل فيها، والآثار التى ينتجها، ليحيط بها من بدايتها إلى نهايتها.

مثل حق عمال القطاع الخاص فى الحصول على جزء من أرباح المشروع، مثل حق بعض الأقرباء فى النفقة، وحق الدولة فى الحصول على دين الضريبة من الممول، وكالتزام الجار بألا يهدم حائطا يستتر به جاره دون عذر قاهر.

ويتعين القول بالتالى بأنه كلما كان نص القانون مصدرا مباشرا لالتزام قانونى، فإن تعيين ماهية هذا الالتزام ونطاقه، يقتضى الرجوع إلى النص القانوني الذى أنشأه.

٩١٦- وقد أثير أمام المحكمة الدستورية العليا نزاع خطير يتعلق بحق عمال القطاع الخاص فى الحصول على حصة من أرباح مشروعاتهم وفق القوانين المنظمة لها.

وفيما يلي عرض لأبعاد هذا النزاع:

أولا: النصوص القانونية المتعلقة به

أ. كان البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة، ينص على أن تجنب ١٠% من الأرباح الصافية للشركة لتوزيعها على موظفيها وعمالها عند توزيع الأرباح على المساهمين، وذلك وفقا للقواعد التى يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية.

ب. ثم صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربى والأجنبى -والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧- وقضى فى مادته الثانية عشرة، باستثناء الشركات المنتفعة بأحكام هذا القانون من حكم البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، على أن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنويا على الموظفين والعمال طبقا للقواعد التى يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العمومية.

ج. وتلا ذلك صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، الذى قضى فى الفقرة الأولى من مادته العشرين، باستثناء المشروعات التى تنشأ طبقا لأحكام هذا القانون من حكم المادة ٤١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة؛ وفى فقرتها الثالثة بأن يُتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنويا على العاملين بها طبقا للقواعد التى يقترحها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العامة بما لا يقل عن ١٠% من تلك الأرباح.

د. ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون الاستثمار بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وذلك بأن استعاض عن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، بنص جديد يقضي بأن يكون للعاملين نصيب في أرباح شركات الأموال التي تحددها الجمعية العامة لكل شركة بناء علي اقتراح مجلس الإدارة، وذلك بما لا يقل عن ١٠% من هذه الأرباح، ولا يزيد علي الأجور السنوية للعاملين بالشركة.

هـ. وأخيرا صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ فى شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، ملغيا -وبنص مادته الرابعة- قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من هذا القانون.

ثانيا: دلالة النصوص المتقدمة

١. يبين من مقارنة القوانين أرقام ٤٣ لسنة ١٩٧٤؛ ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩؛ ٢ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ببعضها، أن القانون الأول –وهو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربى والأجنبى– هو القانون الوحيد الذى لم يضع حدا أدنى للأرباح التى يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها، وإنما فوض مجلس إدارتها فى أن يقترح مقدار الأرباح التى تؤديها الشركة لعمالها وموظفيها، على أن تنظر الجمعية العامة للشركة فى هذا الاقتراح، فإن اعتمدته، صار نافذا فى حق العاملين بها جميعهم.

٢. ولا كذلك القانونان رقما ٢٣٠ لسنه١٩٨٩و ٢ لسنه ١٩٩٢، اللذان فرضا حدا أدنى للأرباح التى يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها مقداره ١٠% من أرباحها الصافية، على أن يتم توزيعها –وبما لا يقل عن هذا الحد الأدنى– طبقا للقواعد التى يقترحها مجلس إدارة الشركة وتعتمدها الجمعية العامة.

٣. وهذا النهج هو ما احتذاه كذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ فى شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، إذ أحال إلى القانون السابق عليه فى شأن تحديد حد أدنى للأرباح لا يقل عن ١٠% من صافيها.

٤. وقد ظل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ معمولا به، إلى أن قرر المشرع إلغاءها وإبدالها بحكم يناقضها فى كافة القوانين اللاحقة المنظمة لاستثمار رأس المال العربى والأجنبى، وهى القوانين أرقام ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و٢ لسنة ١٩٩٢ و٨ لسنة ١٩٩٧ المشار إليها، والتى كفل المشرع من خلالها حق العمال فى حصة من أرباح المشروع لا تقل عن ١٠% من صافيها، وهى الحصة التى تنصل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ كلية من ضمانها للعمال من خلال نص المادة ١٢ من هذا القانون التى تفوض مجلس إدارة الشركة فى اقتراح مقدار الأرباح التى توزع على عمالها وتخول الجمعية العامة للشركة حق اعتماد قرار مجلس إدارتها فى ذلك.

ثالثا: مخالفة نص المادة ١٢ من القانون
رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ للدستور

ولا شبهة فى مخالفة نص المادة ١٢، المشار إليها للدستور. وذلك من الأوجه الآتية:

أولاً: أن نص هذه المادة أنشأ للعمال حقا فى أرباح المشروع الخاص، وهو بذلك مصدر مباشر لهذا الحق. وإذ كان مقدار الأرباح التى يجوز توزيعها عليهم، يتمثل فى مبلغ من النقود تؤديه الشركة إلى العاملين فيها بوصفه دينا فى ذمتها، فقد صار الشىء الذى تلتزم به –وهو محل الالتزام– واقعا فى إطار علاقة مديونية تربطها بدائنيها. وهم العاملون لديها.

ولا يجوز بالتالى فى أية رابطة مديونية يكون نص القانون مصدرها المباشر، أن يتولى تعيين كافة أركانها –بما فى ذلك محلها– غير نص القانون. فإذا علق المشرع تحديد محل الالتزام على محض إرادة المدين، حلت إرادة المدين محل إرادة المشرع الذى يختص دون غيره ببيان أركان الالتزام القانونى. ذلك أن فرض الالتزام وتخويل المدين حق تحديد مقداره، أمران متناقضان.

يؤيد ذلك أولاً: أن تحديد حق العمال فى الأرباح لا يتأتى لا بإرادتهم ولا بإرادة المدين بها، إذ لو كان تحديد نصيبهم من الأرباح عائدا إليهم لبالغوا فيه. ولو كان هذا التحديد معلقا على إرادة المدين لحط من مقدار الأرباح التى يوزعها على العمال الدائنين بها. وتعين بالتالي أن يكون نص القانون هو المصدر المباشر لالتزام المدين بأن يعطي العاملين في المشروع جزءا من الأرباح التي حققها – وعلى الأقل حدا أدني من هذه الأرباح التي يحصل العمال على حصتهم منها بشرط أن يحدد المشرع مقدارها تأسيسا" على أن المشرع هو الذي يتولى تحديد نطاق كل التزام يكون نص القانون هو مصدره المباشر.

ثانياً: أن محل الالتزام ، هو الشىء الذى يلتزم المدين بالقيام به. ويلتزم المدين إما بنقل حق عينى أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام عملا أو الامتناع عن عمل ، تعين أن يكون المحل فيه ممكنا لا مستحيلا.

كذلك فإنه إذا التزم شخص أن يقوم بعمل معين، أو أن يمتنع عن عمل محدد، وجب أن يكون ما التزم به معينا. فإذا كان محل الالتزام نقودا، وجب أن تكون أيضا معينة بنوعها ومقدارها.

وعملا بنص المادة ٣٤١ من القانون المدنى، فإن الشىء المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شىء غيره.

إذ كان ما تقدم، وكان نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقتصر على مجرد تقرير حق عمال المشروع الخاص فى الأرباح دون أن يحدد مقدار ما يخصهم منها،

ولو فى حده الأدنى؛ فإن هذا النص، يكون قد أنشأ حقا بغير مضمون، وصار مخالفا للدستور بالتالى.

ذلك أن محل الالتزام المفروض فى ذمة المشروع الخاص بنص المادة ١٢ المشار إليها، جاء مجهلا فى مقداره، وعصيا على التحديد. فلا يكون دينا متكامل الأركان. ذلك أن المشرع عهد إلى مجلس إدارة المشروع وجمعيته العامة -وهما من الأجهزة الداخلية للمشروع- بتحديد مقدار الأرباح التى يلتزم بأن يؤديها إلى العاملين فيه، وفى ذلك تفويض من المشرع للمشروع فى أن يقدر بإرادته المنفردة ما يخصهم من الأرباح التى يحققها، ليكون تحديد مقدارها موقوفا على محض إرادة المدين.

ثالثاً: لا يجوز للمشروع الخاص أن يبرر نص المادة ١٢ المشار إليها، بأن الأوضاع الاقتصادية وأزماتها الخانقة، تقتضيها. ذلك أن الفرض هو تحقيق المشروع لأرباح صافية. فإذا قرر المشرع نصيبا فيها للعمال، تعين أن تكون حصتهم منها محددة بنص القانون بصورة قاطعة. وكان من المفترض بالتالى أن يتدخل المشرع لتحديد ما يخص العمال من هذه الأرباح على وجه اليقين، وعلى الأقل فى حدها الأدنى. ذلك أن محل الالتزام هو الشىء الذى يؤديه المدين إلى الدائن. ولم يعين المشرع هذا الشىء حتى يرتبط به التزام المدين.

بيد أن المحكمة الدستورية العليا التى عرض عليها أمر الفصل فى دستورية نص المادة ١٢ المشار إليها[1]، لم تقرر مخالفتها للدستور تأسيسا منها على أن نص المادة ٢٦ من الدستور التى تخول العمال حقا فى أرباح مشروعاتهم، ينحصر مجال تطبيقها فى العاملين فى القطاع العام. وفاتها أن الفصل في دستورية نص قانوني، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور جميعها، وإن فساد الحجة التى قام عليها وجه النعى، لا يجوز أن يمنعها من مراجعة نص المادة ١٢ المطعون عليها، على ضوء نصوص الدستور بتمامها، لتقرر تطابقها أو تعارضها معها.

وكان ينبغى عليها بالتالى أن تعطى لكافة الحقوق التى ينشئها نص القانون بطريق مباشر، دلالتها التى لا يستقيم معها تجريد هذه الحقوق من مضمونها. ذلك أن مضمون الحق هو جوهره، وليس للمشرع أن ينقض حقوقا أحدثها، ولا أن يحيلها ركاما من خلال تخويل المدين تحديد درجة تقيده بها.

---

(1) انظر فى ذلك حكمها الصادر بجلستها المنعقدة فى ٢٠٠١/١٢/٢ فى القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية.

.ولئن كان المشرع بالخيار بين إحداث أو إهمال الحقوق التى لا نص عليها فى الدستور، مثلما هو الأمر فى حق عمال القطاع الخاص فى الأرباح؛ إلا أنه متى كفلها، تعين أن يتولى هو تعيين كافة أحكامها، بما في ذلك نطاق الآثار التى ترتبها.

ذلك أن المواطنين كما يستمدون حقوقهم من الدستور، فإنهم قد يتلقونها من المشرع([1]) بفرائضها المنطقية التى لا يندرج تحتها تخويل المدينين بها حق تحديد نطاقها، وإلا كان ذلك إحداثا من المشرع لالتزام يستقل المدين بتحديد مقداره بالمخالفة لمبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه فى المادّة ٦٥ من الدستور. ذلك أن هذا المبدأ مؤداه أن ثمة قواعد تعلو على الدولة لتقيدها وتضبط حركتها. ومن بين هذه القواعد، ضرورة تنظيم الحقوق بما لا يخل بجوهرها، ووجوب أن يحدد المشرع نطاق الحقوق التى ينشئها بنص مباشر، وإلا كان إحداثها لهوا تفقد به مغزاها. وهو ما يتحقق على الأخص كلما كان تحديد مقدارها بيد المدين بها.

ذلك أن الحق من جهة الدائن، هو التزام من جهة المدين. ولا التزام بغير حدود تبين الأركان التى يقوم عليها، ومن بينها ركن المحل الذى لا يقوم الالتزام القانونى إلا بتحديده.

([1]) قـررت المحكمـة الدسـتورية العليا في أكثر من مرة أن مبدأ الحماية القانونية المتكافئة لا يضمن فقط الحقوق التي نص الدستور عليها، وإنما كذلك تلك التي كفلها المشرع.

انظر في ذلك حكمها في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٠ – ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة حيث تقول حرفياً:

"أضحى مبدأ المساواة أمام القانون -في أساس بنيانه- وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يكون قد ارتآه كافلاً للصالح العام".

الفصل الخامس
الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم

٩١٧- تفترض الديمقراطية إسهام المواطنين فى إدارة شئونهم وإشرافهم عليها، وتوجيههم لها بما يكفل مصالحهم. فلا يكون مصدر السلطة إليها بما يناقض السيادة الشعبية فى مضمونها وأغراضها. وهو ما كان قائما فى مصر الفرعونية، ونبذته النظم الديمقراطية فى تطورها الراهن، وعلى الأخص منذ الثورة الفرنسية التى تنص بعض دساتيرها([1]) على أن السيادة معقودة للمواطنين وجميعهم يباشرونها فلا تكون وقفا على فريق من بينهم دون فريق.

والأصل ألا يباشر المواطنون السيادة بأنفسهم –وإن كانوا يملكونها – وإنما ينيبون عنهم من يمثلونهم فى الهيئة النيابية ويحلون محلهم في مباشرة هذه السيادة. فلا يكون تولي أعضاء هذه الهيئة لشئونها محددا حركتهم داخل هذه الهيئة عن طريق أوامر يتلقونها من هيئة الناخبين بوصفهم وكلاء عنها مقيدين بتوجهاتها Mandat Imperatif ([2]). إذ لا شأن لمفاهيم الوكالة فى القانون الخاص بالنظم الديمقراطية المعاصره التى تخول أعضاء السلطة التشريعية زمام المبادرة لتحقيق ما يرونه حقاً، كافلاً لأمتهم مصالحها.

ومن ثم قام الفصل التام بين الدائرة الانتخابية وبين نوابها الذين لا يمثلونها وحدها، وإنما تتداخل الدوائر الانتخابية مع بعضها لتظهر جميعها وكأنها دائرة إقليمية واحدة تتضامم مصالحها، لا فرق فى ذلك بين ناخبين منحوهم أصواتهم، وآخرين حجبوها عنهم([3]).

وهذه الديمقراطية التمثيلية التي تحل اليوم محل الديمقراطية المباشرة التى ارتبط وجودها من الناحية التاريخية ببعض المدن المحدودة فى رقعتها وعدد سكانها، والتى تتسم كذلك بندرة المسائل التى تثير اهتمام مواطنيها بوجه عام. هى التى صار لها فضل تحقيق

([1]) انظر فى ذلك الدستور الفرنسى لعام ١٧٩٣ الذى تنص المادة ٢٥ منه على أن السيادة مركزة فى الشعب وكذلك نص المادة الثانية من الدستور السنة الثالثة التى تقضى بأن المواطنين فى مجموعهم هم معقد السيادة الشعبية.

([2]) تقضى المادة ٢٧ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨ ببطلان كل وكالة إلزامية، وبأن حق انتخاب أعضاء البرلمان حق شخصى.

([3]) وهو ما يعبر عنه بأن الفائز فى الحملة الانتخابية لا تنتخبه الدائرة الانتخابية، ولكنه ينتخب منها.
L'elu n'est pas elu par la circonscription, mais dans la circonscription.

التقدم فى مظاهر الحياة وجوانبها المختلفة وإن كان طغيان الأغلبية الفائزة بالمقاعد البرلمانية على خصومها، يمثل أخطر عيوبها.

وصـــح القـــول بالتالى بأن الديمقراطية التمثيلية تقوم فى جوهرها، على حرية أعضاء السلطة التشريعية فى تحديد خياراتهم فى المسائل التى يناقشونها، وانتهاج وسائلهم فى عرضها وإبـــداء رأيهـــم بشأنها، لا يخضعون فى ذلك لغير ضمائرهم، ولا تنحيهم هيئة الناخبين عن المهام التى يتولونها قبل انتهاء مدة عضويتهم، ولو أهدروا ثقتها فيهم. وهو ما آل فى النهاية- ومـــن وجهة نظر واقعية- إلى حلول السيادة البرلمانية محل السيادة الوطنية، والنظر إلى من يباشـــرون السلطة وكأنهم أصحابها لا يتحولون عنها. حال أن النظم التمثيلية تفترض الفصل بين السيادة فى صورتها المجردة من جهة، وبين من يباشرونها عملاً من جهة ثانية.

فالـــذين يباشرون السيادة نيابة عن الجماهير، لا يملكونها بدلاً منهم. ولا تتحول السيادة إلـــيهم مـــن خـــلال حـــق الاقتراع. وإنما تظل السيادة بيد الناخبين أصحابها الأصليين. فلا يفارقونها ولا يخرج زمامها من أيديهم، ولا يتخلون عنها فور انتهاء العملية الانتخابية.

فالناخبون يراقبون نوابهم، ويحاسبونهم عما فرطوا فيه(١). فلا يمنحونهم ثقتهم من جديد بعـــد انتهاء ولايتهم. وهو ما يفيد إمكان إبدالهم بآخرين من خلال حق الاقتراع، وهو مظهر السيادة الشعبية في جوانبها الأكثر أهمية.

وأيا كان قدر الأهمية التى بلغتها النظم التمثيلية فى كثير من الدول، إلا أن الاستفتاء – كتعبيـــر عن السيادة الشعبية المباشرة – لازال قائما كحقيقة قانونية لا تقبل الجدل، وإن تعين القول بأمرين:

<u>أولهمـــا</u>: أن الحقـــوق السياسية جميعها فى بلد ما، ترتبط قيمتها الفعلية بالطريقة التى تباشر بها، وامكان تأثيرها في الأوضاع القائمة لتحديد وجهتها.

<u>ثانيهما</u>: أن الديموقراطية لا تتحدد وفق أشكال تنافى حقيقتها. ذلك أن استيفاءها لشرائط وجـــودها، يعطـــيها الحـــياة التى ترجوها. ويتعين بالتالى أن يكون للديموقراطية من واقعها وتطبـــيقاتها ما يلتئم وخصائصها وحقيقة جوهرها، ولو لم توجد فى الدول التى تبنها محكمة

---

(١) الشـــفافية والمحاســـبة Accountability مـــن بين العناصر التى تقوم عليها الديموقراطية فى المفاهيم المعاصرة.

دســتورية، مثلما هو الحال فى المحكمة المتحدة. ولا يجوز بالتالى أن يكون الاستفتاء- وهو الطريق المباشر للسيادة الشعبية- مجرد قناع تتستر السلطة وراءه لتخفى ديكتاتوريتها، وإنما تــتحدد أهمــية الاســتفتاء كلما كان مدخلا حقيقيا لاستطلاع آراء هيئة الناخبين فى موضــوع معين، فلا يكون زائفا، أو مشوبا بالغموض، أو مضطربة مقاصده.

المبحث الأول
صور الاستفتاء بوجه عام

يكـــون الاستفاء إما تأسيسيا أو تشريعيا؛ إلزاميا أو اختياريا؛ منتهيا إلى التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان أو معدلاً وملغيا بعد صدوره لبعض أحكامه؛ متعلقا بمعاهدة دولية للدخـــول فـــيها مـــن خلال التصديق عليها أو الإنضمام لها؛ أو كافلاً الرجوع إلى الجماهير لتحكيمها فى نزاع قائم بين سلطتين.

ويعتبـــر الاســـتفتاء تأسيسيا إذا تعلق بموضوع من طبيعة دستورية. فإذا كان موضوع الاستفتاء قانونا أو مشروع قانون، كان تشريعياً.

المطلب الأول
صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١

٩١٨- وفـــى مصر يتم الاستفتاء وفقا للدستور فى الأحوال التى حددها وطبقا للشروط التى بينها. وفيما يلى عرض لها:

أولا
الاستفتاء كطريق لصون الوحدة الوطنية

تـــنص المـــادة ٧٤ مـــن الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنـــية أو ســـلامة الـــوطن أو يعـــوق مؤسســـاته عن أداء دورها وفقاً للدستور، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، وأن يوجه بيانا إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها.

ثانيا
استفتاء المواطنين في شأن ترشيح السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية

عملا بالمادة ٧٤ من الدستور يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه. ويتم الترشيح فى مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء علـــى اقتـــراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثى أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعتبر المرشح رئيسا للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم فى الاستفتاء. فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره. وتتبع فى شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها.

ثالثا

الاستفتاء لفض نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تنص المادة ١٢٧ من الدستور على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسئولية رئيس مجلس الوزراء. ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس.

وفى حالة تقرير المسئولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمنا عناصر الموضوع، وما انتهى إليه رأى المجلس فى هذا الشأن وأسبابه.

ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الاستفتاء الشعبى. ويجب أن يجرى الاستفتاء خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس. وتقف جلساته فى هذه الحالة. فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس منحلاً، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

رابعاً

الاستفتاء كطريق لحل مجلس الشعب

تنص المادة ١٣٦ من الدستور على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة، وبعد استفتاء الشعب. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً.

فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به. ويجب أن يشتمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب فى ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء([1]).

([1]) تختلف طريقة حل مجلس الشعب عن طريقة حل مجلس الشورى. ذلك أن المادة ٢٠٤ من الدستور لا تجعل الاستفتاء شرطا لازما لحل مجلس الشورى إذ يكفى لحله أن تتوافر ضرورة لهذا الحل.

خامسا

استفتاء المواطنين في المسائل الهامة

لـرئيس الجمهـورية استفتاء المواطنين- وعملاً بنص المادة ١٥٣ من الدستور- فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا.

سادساً

الاستفتاء كحلقة إجرائية لتعديل الدستور

تنص المادة ١٨٩ من الدستور على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعـديل مـادة أو أكثـر من مواد الدستور. ويجب أن يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعـديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل. فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل. وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ الـتعديل، ويصـدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه. فإذا رفض الطلب فلا يجوز إعادة طلب تعـديل المـواد ذاتهـا قبل مضى سنة على هذا الرفض. وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ الـتعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على الـتعديل ثلـثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه. فإذا ووفق على التعديل، أعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

المطلب الثانى

التمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين

٩١٩- يميز البعض بين سؤال يتعلق بموضوع معين يعرض على هيئة الناخبين لإبداء رأيهم فى هذا الموضوع قبولاً أو رفضا Réferendum. وبين استفتاء يدور حول شخص معين ليبقى فى موقعه فى السلطة أو ليخرج منها Plépiscite. والتمييز بين هاتين الصورتين من صور الاستفتاء لا يتعمق حقائق الأمور. ذلك أن الاستفتاء في كل من هاتين الصورتين يدور حول مسائل سياسية يعرض أمرها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها فيها. فالسؤال المطروح على هيئة الناخبين للحصول على رأيها فى موضوع معين، يقتضيها أن تعلن رأيها فى هذا الموضوع على ضوء قدر ثقتها فى الجهة التى طرحته عليها. كذلك فإن كل استفتاء حول شخص معين ليبقى قائما بالمهام التى يتولاها أو ليتخلى عنها، هو دعوة لهيئة الناخبين لإبداء رأيها فى السياسة التى ينتهجها على ضوء قدر ثقتها فى طريقة أدائه لواجبات الوظيفة التى يتولاها.

المطلب الثالث

الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء

٩٢٠- مـا لـم يحتم الدستور إجراء الاستفتاء، فإنه يكون اختياريا. والأصل أن يبين الدستور الجهة التي يعهد إليها بإجراء الاستفتاء وفق الشروط التى يحددها. فقد يعهد الدستور إلـى رئـيس الجمهورية أمر الدعوة إلى الاستفتاء، وقد يخوله لعدد من المواطنين إذا طلبوه، وكان طلبهم إجراءه موقعا عليه منهم([1]).

ونادراً ما تجريه السلطة التشريعية حتى لو خولها الدستور هذا الاختصاص على تقدير أن نتيجته قد تسقطها، أو على الأقل قد تظهر الضيق بها([2]).

وتحـرص بعـض الـدول على أن تتوقاه حتى لا تتمزق الوحدة الوطنية بين شعوبها، ولتظهر وكأنها كتلة متجانسة([3]) لا تتفرق اتجاهاتها.

وتأخـذ المملكـة المـتحدة مـوقفا عدائـيا مـن الاستفتاء بالنظر إلى إيمانها المطلق بالديموقراطية التمثيلية. ويراه آخرون تعبيراً هوجائيا أو ديماجوجيا عن السيادة الشعبية.

ولا تلجأ بعض الدول المختلفة فى أعراقها ونحلها وثقافاتها، للاستفتاء إلا فى النادر من الأحوال حتى تبدو غير منقسمة على نفسها فى الموضوع المعروض عليها.

وقـد يتـناول الاستفتاء مسائل خطيرة كالانضمام إلى الأمم المتحدة أو الدخول فى أحد الأحلاف الأجنبية أو فى شأن هام يتصل بالمصالح المباشرة للمواطنين كالرجوع إليهم لتحديد موقفهم من هجرة بعض الأجناس إلى وطنهم.

وفي كثير من النظم المعمول بها، لا تعرض دساتيرها أو تعديلاتها على هيئة الناخبيين لأخذ رأيها فى إقرارها أو رفضها([4]).

([1]) فى سويسرا يتعين أن يوقع مائة ألف مواطن على طلب إجراء استفتاء تأسيسى لإمكان المضى فيه، وفى إيطاليا يجب أن يكون الطلب موقعا عليه من خمسمائة ألف مواطن.

([2]) فـى الدانمارك يجوز لثلث أعضاء برلمانها Folketing التقدم بطلب لإجراء استفتاء شعبى. وكثيراً ما ينتهى هذا الاستفتاء بتأييد الشعب للأقلية البرلمانية.

([3]) أنظر فى ذلك دستور الاتحاد السوفيتي المعمول به عام ١٩٧٧ قبل تصدع هذا الاتحاد.

([4]) انظـر فـى ذلك الدستور الكندى لعام ١٨٦٧. ومع ذلك فقد أجرى استفتاء فى كندا فى ٢٠ مايو ١٩٨٠ بمقتضـى قانـون صـدر لهـذا الغرض حول بقاء مقاطعة كوبيك فى الاتحاد الكندى أو انفصالها عنه. وبالرغم من أن نتيجة الاستفتاء كانت فى صالح بقاء هذه المقاطعة فى الاتحاد، إلا أن رئيس وزرائها لم يستقل على أساس أن هذه النتيجة لا تحجب بذاتها عنه ثقة مواطنيها فيه.

المطلب الرابع
الآثار القانونية المترتبة على الاستفتاء

٩٢١- لكل استفتاء نص عليه الدستور، دائرة يعمل فيها. وفى نطاق هذه الدوائر، يتحدد أثره. فالاستفتاء على تعديل تقترح السلطة التشريعية -بأغلبية ثلثى عدد أعضائها- إجراءه فى الدستور، مؤداه أن يصير هذا التعديل نافذاً -لا من تاريخ موافقة هيئة الناخبين على التعديل- ولكن من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وموافقة أغلبية المواطنين على حل السلطة التشريعية، مؤداه أن يصدر رئيس الجمهورية وجوبا قرارا به.

وعرض التدابير التى اتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور على المواطنين لاستفتائهم فيها خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها، مؤداه تصديق المواطنين الذين قبلوها -بأغلبيتهم المطلقة- على هذه التدابير، وإلا كان اعتراضهم عليها، رفضا لها.

وعرض النزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية على المواطنين لاستفتائهم فى مسئولية الوزارة عن موضوع معين، مؤداه اعتبار السلطة التشريعية منحلة بحكم الدستور إذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

على أن الدستور قد لا يحدد الآثار القانونية المترتبة على استفتاء المواطنين فى بعض المسائل فلا يكون أمام جهة الرقابة القضائية، إلا بيان نطاق هذه الآثار بما يحيط بها. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٢ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية، الحق فى استفتاء المواطنين فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا. فإذا صدر قانون من السلطة التشريعية على ضوء نتيجة هذا الاستفتاء، فإن هذا القانون لا يعتبر معصوما من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ ولا منطويا على تعديل لأحكام الدستور القائم.

وإذا قيل بأن السيادة تنعقد للمواطنين فى مجموعهم باعتبارهم وعاء هذه السيادة ومصدرها على ما تنص عليه المادة ٣ من الدستور، إلا أن السيادة الشعبية التى يمارسها هؤلاء ويحمونها ويصونون من خلالها الوحدة الوطنية، حدها قواعد الدستور التى تسمو حتى على القوانين التى تقرها السلطة التشريعية إعمالاً منها لنتيجة الاستفتاء. ذلك أن جمود الدستور، مؤداه حظر تعديل قواعده بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه.

وليس لأى قانون تقره السلطة التشريعية على ضوء نتيجة الاستفتاء، غير المرتبة ذاتها المقررة لغيره من القوانين. فلا هو فوق الدستور، ولا فى قوة أحكامه، ولا فى مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. وإنما شأن القوانين التى تقرها على ضوء نتيجة الاستفتاء، شأن غيرها مـــن القوانـــين التي تقرها وفقاً لنص المادة ٨٦ من الدستور، ولها بالتالى درجتها لا تعلوها، وإنما تساويها.

علـــى أن سكوت الدستور عن بيان الآثار القانونية للاستفتاء فى أحوال معينة، لا يعنى أن تحدد جهة الرقابة القضائية، هذه الآثار فى إطار سلطة تقديرية لا ضابط لها. وإنما يتعين أن تحدد هذه الجهة تلك الآثار، بالنظر إلى نطاق وخصائص الحقوق التى مسها الاستفتاء.

فـــإذا كان رئيس الجمهورية قد قصد إلى إضعافها من خلال استفتاء المواطنين عليها، فـــإن الضـــمانة التـــى كفلهـــا الدستور لهذه الحقوق هى التى تسود. إذ لا يتصور أن يكون المواطـــنون قـــد قصدوا حقيقة إلى الانتقاص من حقوقهم التى كفلها الدستور، ولا إلى تقليص ضماناتها.

فإن كان الاستفتاء قد قرر لهم حقوقا تزيد عن تلك التى صانها الدستور، اعتبر الاستفتاء إرهاصا بضرورة تعديل أحكامه لا يجوز بغير الأوضاع المنصوص عليها فيه.

بمـــا مؤداه أن حقوق المواطنين وحرياتهم التى يدور الاستفتاء حولها؛ إما أن تعلو على مستوياتها المقررة بالدستور، وإما أن تكون أقل منها. ولا يحيلها الاستفتاء فى الصورة الأولى إلى حقوق تسمو على الدستور، وإنما يتعين تعديل الدستور لاستيعابها.

ولا يعصمها الاستفتاء فى الصورة الثانية من الرقابة القضائية؛ وإنما يكون القانون الذى قننها مخالفاً للدستور لخروجه على أحكامه.

المطلب الخامس
شروط الاستفتاء

٩٢٢- ويتعـــين دائما فى كل استفتاء، أن يصاغ السؤال المتعلق به على نحو يكون به مســـتقيماUprightness ومباشـــراً، فلا يكون ملتويا مضللاً La Condition de Loyauté ؛ ولا مشـــوبا بالغموض لينبهم على أوساط الناس La condition de clarté، سواء بالنظر إلى تعقيده أو لانطواء الصيغة التى أفرغ فيها على قدر من الخداع Dishonesty؛ ولا جامعا بين عناصر

مختلفة يستحيل التوفيق بينها، وكأنها صفقة متكاملة Package deal إما أن تؤخذ بتمامها -وبكافة عيوبها- أو أن تترك فى كل أجزائها([1]).

وتظهر هذه الصورة الأخيرة، كلما عرض رئيس الجمهورية على هيئة الناخبين مسائل مختلفة لا تتوافق أجزاؤها، ولا تتلاقى فى أهدافها، فلا تتحد فى نسيجها. وهو ما يبطل عملية الاستفتاء التى يشترط لصحتها ألا يكون الموضوع المعروض على هيئة الناخبين جامعا بين الأشياء ونقائضها، لتتنافر أجزاؤه جميعها.

وحتى إذا حاول رئيس الجمهورية أن يقرب الأجزاء التى تتسم بالتناقض إلى بعضها، فإن عرضها على هيئة الناخبين مع تباعدها عن بعضها البعض واضطراب معناها وغموض حقيقتها، يعد تدليسا عليها، وحملا لها على قبول مسائل تختلط فيها العناصر التى ينفرون منها، بتلك التى يميلون إليها بالنظر إلى جاذبيتها. وفى ذلك إذعان لا يليق.

ويتعين بالتالى أن يكون الاستفتاء منصبا على واقعة محددة بصورة قاطعة – مادية أو قانونية لها من وضوحها ما يجعل فهمها مستقيماً، ومن تلاحم أجزائها ما يؤكد ترابطها. فلا يتخبط أحد فى فهم المقصود منها، وإلا بطل الاستفتاء وكذلك كل قانون صدر على ضوء نتيجته.

---

(1) C. C. 87 – 226 D.C. 2 Juin 1987. R.p. 34.

المبحث الثاني
في مدى خضوع القوانين الاستفتائية للرقابة
القضائية على الشرعية الدستورية

٩٢٣- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ما نص عليه الدستور من تخويل رئيس الجمهورية حق استفتاء الجماهير فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية.

ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء -الذى رخص به الدستور، وحدد طبيعته، والغرض منه- ذريعة إلى إهدار قواعده ومخالفتها. كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لا يجوز تعديلها إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور.

وبالتالى لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عوار مخالفة الدستور. وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالى للرقابة على الدستورية التى تتولاها هذه المحكمة([1]).

وعلى نقيض وجهة نظر هذه المحكمة، لا يباشر المجلس الدستورى الفرنسى الرقابة القضائية التى يتولاها، إلا على القوانين التى اقترع البرلمان عليها، لتنحسر عن القوانين التى ووفق عليها فى الاستفتاء Les lois réferendaires. على أساس القوانين فى الصورة الأولى تعبير غير مباشر عن السيادة الشعبية، ولكنها تعبير مباشر عن هذه السيادة فى الصورة الثانية([2]).

Les lois que le constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionalité, sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adoptées par le

---

([1]) القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦- قاعدة رقم ٥١- ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) C.C. 92- 313 D.C. 23 Sep. 1992, R.p. 94.

هذا ويستمد المجلس الدستورى الفرنسى ولايته فى شأن النظر فى انتظام العملية الاستفتائية وإعلان نتائجها من نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسى التى تخوله هذا الاختصاص والتى جاء نصها كالآتى:

Le conseil constitutionel veille a la régularite des operations de réferendum et en proclame les resultats.

peuple franc,ais a la suite d' un réferendum, constitutent l' expression directe de la souverainete nationale.

٦- تقييم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستفتائية

أ) يلاحـــظ أولا أن اللجوء إلى الاستفتاء العام لإقرار قوانين بذاتها تنظم مسائل بعينها، وإن كـــان أســـلوبا نادر الوقوع فى الحياة العملية؛ إلا أن حرمان الجهة القضائية من فرض رقابـــتها على القوانين الاستفتائية يعصمها من الرقابة المحايدة التى تباشرها هذه الجهة. وهى بعـــد رقابة تشتد الحاجة إليها وتتعاظم أهميتها بالنظر إلى أن هذه القوانين لا تتناول فى الأعم مـــن الأحـــوال مسائل قليلة الأهمية، ولكنها تواجه أكثرها خطراً واتصالاً بالمصالح القومية؛ كتلك التى تؤثر فى نطاق حقوق المواطنين وحرياتهم.

ب) وقد تتخذ الدولة من هذه القوانين موطئا لتمرير نصوص قانونية تربو سوءاتها على مـــنافعها، فلا يكون لجوؤها إلى الاستفتاء العام لإقرارها، وسيلة استثنائية تواجه بها أوضاعا لها خطرها، بل نهجا متواصلا لهدم الشرعية الدستورية، وخرق متطلباتها.

ج) وقـــد تقوض هذه القوانين بأحكامها نصوص الدستور ذاتها، ولو فى بعض أجزائها؛ كـــأن تعيد فرض عقوبة الإعدام التى حظرها الدستور؛ وكأن تنقل إلى القطاع الخاص، ملكية بعض المرافق التى أدخلها الدستور في نطاق الملكية العامة بالنظر إلى حيويتها.

فـــلا يكـــون الاستفتاء العام غير بديل عن العمل البرلمانى مع فارق هام، هو إخضاع القوانـــين التى يقرها البرلمان للرقابة القضائية فى الوقت الذى تتحرر فيه القوانين الاستفتائية منها، لتتهيأ للسلطة التنفيذية فرص التدخل فى العملية التشريعية بصورة أكبر وأشمل تتخطى بها الحدود التى رسمها الدستور لولايتها، إخلالاً بالتوازن بينها وبين السلطة التشريعية.

د) كذلك تمثل التفرقة التى أجراها المجلس الدستورى الفرنسى بين القوانين الاستفتائية وغيـــرها مـــن القوانين، تمييزاً بين التعبير المباشر عن السيادة، والتعبير غير المباشر عنها. وهـــى وجهـــة نظـــر يعيـــبها أنها تفترض علو القوانين الاستفتائية فى مرتبتها على القوانين البـــرلمانية، بالمخالفة لنص المادة الثالثة من الدستور الفرنسى التى لا تقيم تدرجا هرميا بين هاتين الصورتين من صور مباشرة السيادة الوطنية([1]).

([1]) تـــنص المـــادة ٣ من الدستور الفرنسى على أن السيادة الوطنية يملكها الشعب. وهو يباشرها من خلال نوابه وعن طريق الاستفتاء.

هـــ) وإذا قيل أن من غير المفترض أن تخل هيئة الناخبين بفرائض السيادة الشعبية التـــي تباشـــرها من خلال الاستفتاء، وأن هذا الافتراض غير قائم في القوانين البرلمانية التي كثيـــرا مـــا تخرج على حدود الدستور مما يقتضى فرض الرقابة القضائية عليها؛ إلا أن ثمة حقـــيقة لا يجـــوز إغفالها حاصلها أن القوانين الاستفتائية ذاتها قد تجاوز حدود الدستور. فلا يكـــون تصويبها من خلال فرض الرقابة القضائية عليها، عملا مخالفا للدستور، بل واقعا في إطـــار أحكامها التي لا يجوز تعديلها بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه. وتظهر خطورة الاســـتفتاء علـــى الأخـــص علـــى ضوء ما نشهده من أن الجماهير قلما تبصر بنفسها الآثار الخطيـــرة التـــى تـــرتبها القوانين الاستفتائية، ولا تحبط بأبعادها وآثارها فى محيط العلائق القانونية التى تتسم بدقتها.

و) والـــذين لا يدركون مخاطر القوانين التى ووفق عليها فى الاستفتاء، يتصورون أن اللجـــوء إلـــيها لا يكون إلا فى الأقل من الأحوال، ويتناسون أنها اليوم تكاد أن تكون طريقا مألـــوفا لتخطى السلطة التشريعية، وأنها تتناول كل موضـوع، وأن رئيس الجمهورية كثيراً ما يـــتذرع بالاســـتفتاء لتجاوز الرقابة القضائية التى تنجو منها القوانين التى تطرح فيه، وعلى الأخـــص تلـــك التـــى يخشى رئيس الجمهورية من اعتراض البرلمان عليها. ومن ثم يكون الاســـتفتاء معـــادلاً فى أثره لحرية التشريع La liberié de légifier التى لا يتمتع البرلمان بها بالنظـــر إلى تقيده بنصوص ومبادئ الدستور وهو كذلك تحييد لجهة الرقابة القضائية من جهة منعها من تقييم القوانين الاستفتائية والنظر فى اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

ز) والتمييـــز فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية بين السيادة الوطنية المباشرة وغيـــر المباشرة، قولاً بأن روح الدستور تسوغ هذا التمييز، مردود بأن تعبير روح الدستور يشـــوبه الغموض، ويثير جدلاً عميقا فى الأوساط الفقهية والقضائية حول حقيقة محتواه. وهو كذلك منزلق خطر، وكثيراً ما يفضى إلى اجتهاد خاطئ.

ح) والقول بأن القوانين التى تقترع عليها السلطة التشريعية، هى تعبير غير مباشر عن الســـيادة الوطنـــية التـــى لا يجوز أن يحرفها البرلمان، وأن هذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة إلى القوانين الاستفتائية التى تقرها الجماهير كتعبير عن إرادتها بطريق مباشر -وبغير وساطة من أحد- مردود بأن الإرادة الوطنية مقيدة فى هاتين الصورتين بالدستور ما بقى قائما لم يعدل.

ولئن جاز لهيئة الناخبين أن تبدل الدستور القائم بغيره إلا أن شرط ذلك- فى غير حالة الثورة على الأوضاع القائمة جميعها- أن يتقيد تعديلها للدستور، بالإجراءات التى رسمها.

ط) ليس ثمة مبرر للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستفتائية، تقحم الهيـئة القضائية فى حلبة السياسة بدروبها المعقدة، ومزالقها الخطرة، وغابتها المتشابكة. ذلك القوانـين البـرلمانية ذاتها. لا ينظر إليها -فى مجال الفصل فى دستوريتها- كمجرد تطبيق لفظـى لنصـوص الدسـتور. ولكـنها رقابة تختلط فيها هذه النصوص بالسياسة فى ألوانها وتياراتها المختلفة.

يؤيد ذلك أن الشرعية الدستورية لا تحدد ضوابطها من منظور دون آخر، وإنما تحكمها عـوامل قانونـية وسياسـية واقتصادية واجتماعية، تتداخل فيما بينها، وتدخلها جهة الرقابة القضائية فى اعتبارها سواء من خلال مفهوم مشترك يضمها إلى بعض، أو عن طريق ترجيح بعضـها على بعض. فلا تكون الرقابة القضائية على الدستورية تعبيراً فى الفراغ عن مفاهيم ينتحلها القضاة وكأنهم يعيشون فى أبراجهم العليا.

ى) أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تعليمية وتصويبية فى آن واحد، فإذا أخل بالدستور قانون ووفق عليه فى استفتاء عام، فلم ينج منها([1]).

تلـك هى المآخذ على قضاء المجلس الدستورى الفرنسى فى شأن عدم خضوع القوانين الاستفتائية للرقابة على الشرعية الدستورية.

وتخفيفا من غلوائها، يقرر فريق من الفقهاء أن هذا المجلس لازال يملك بعض الأسلحة فـى مـواجهة هـذه القوانـين، تأسيسا على أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وإن كان لا يجوز الطعن فيه، إلا أن المادة ٦٠ من الدستور الفرنسى تخول المجلس حق إبداء رأيه فى المرسوم المنظم للعملية الاستفتائية، وكذلك فى نصوص القانون الاستفتائى بعـد عرضـهما علـيه مـن الحكـومة، وقـبل طـرح موضـوع الاستفتاء على الناخبين لاستفتائهم فيه([2]).

Le décret relatif à l`organisation des operations de réferendum et le texte de la loi réferendaire.

([1]) انظر فى الانتقادات الموجهه إلى قضاء المجلس الدستورى الفرنسى فى شأن القوانين الاستفتائية:
Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3 e editian. 173- 179.

([2]) يلاحـظ أنـه لا يوجد نص قانونى يمنع المجلس الدستورى صراحة من نشر آرائه هذه، إلا أن المجلس يترك للحكومة حرية نشر قراراته الاستشارية تلك أو عدم نشرها.

وآراؤه هــذه وإن لــم تكن فصلا قضائيا فى المسائل التى تتناولها، وإنما تتمحض عن آراء إستشارية خالصة([1]). Purement legislative إلا أن بإمكان المجلس الدستورى الفرنسى، أن يرفض إبداء رأيه فى الطريقة التى تدار بها العملية الاستفتائية، وأن يرفض كذلك إعلان نتيجتها ليجهض المبادرة التى اتخذتها الحكومة فى شأن استفتاء المواطنين فى موضوع معين، خاصة وأن من اختصاص المجلس مراجعتها فى كافة التدابير التى تتخذها فى شأن الاستفتاء لضــمان انــتظامها La régularite des operation de réferendum. وهــو بذلك ينبهها –حال إصرارها على استفتاء يناقض الدستور– إلى أنه لن يراقبه، ولن يعلن نتيجته، ليضع الحكومة فى موقف شديد الصعوبة قد يثير المواطنين ويستقطبهم ضدها([2]).

([1]) C. C. dec. 1960, Regroupment national, R.p. 67.

([2]) ويلاحــظ أن المجلس يستطيع أن يبدى رأيه فى الطريقة التى صيغ بها السؤال المطروح فى الاستفتاء، وقــد يعــيد تــركيبه بمناســبة نظره فى مشروع القانون المستفتى عليه. انظر فى ذلك تعليق الأستاذ Lauchaire عضو المجلس الدستورى الفرنسى السابق على نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسى وذلك فى ص ١١٠٧– ١١٠٩ من مؤلف عنوانه:

"la constitution de la Republic francaise, "Analyses et commentaires sous la direction de franco,is Luchaire et Gerard Conac, Economica, 2 e edition, 1987.

الفصل السادس
الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

المبحث الأول
المفهوم العام لسوء استعمال السلطة

٩٢٤- لا يتوخى المشرع بتنظيمه للحقوق على اختلافها -كالحق فى الحياة، وفى الحرية الشخصية، وفى حرية التعبير- أن يكون هذا التنظيم دائرا فى فراغ. وإنما الأغراض المحددة التى يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هى التى تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التى يحتويها، وحقيقة المسائل التى يتناولها. ومن ثم تدل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيدا عن مقاصده منها.

ويفترض بالتالى فى كل قاعدة قانونية، تغييها لأغراض تستهدفها. ذلك أن هذه الأغراض هى دوافعها التى تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرفا إليها، كحرمان الأشخاص الذين ينحدرون من عرق معين -وبقصد وصمهم بما يحقرهم- من مباشرة حرفة بذاتها، أو من امتهان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الانتجاع، ودور اللهو، وحدائق الحيوان، ووسائل النقل العام. ذلك أن المشرع أقر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها العرق، ليكون هذا العامل محركا للقاعدة القانونية، ومحددا لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبير عن سياسية تشريعية منهجية تتسم بالحزم فى تنفيذها، والغلو فى اقتضائها من المخاطبين بها.

٩٢٥- وكلما أضمر المشرع هدفا غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل فى نطاق السلطة التقديرية التى يملكها فى موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور(١).

٩٢٦- ومن ثم تكون المصلحة العامة قيدا غائيا على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤداه ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع.

---

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة فى مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيد الدستور المشرع بضوابط معينة ألزمه بالخضوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع -فى مجال تنظيمه للحقوق- أن يختار أقل القيود عليها وأكثرها ملاءمة لتحقيق الأغراض التى يبتغيها.

ويتعين بالتالى ألا يتغيا القانون غير الأغراض التى يأذن الدستور بها أو التى لا يعارضها. فإذا حوم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور فى توجيهه الوجهة التى صار عليها، ولو لم يكن هذا الدور جوهريا، ولا عنصرا وحيدا فى تشكيل أحكامه، تعين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التى خالطتها، والتى كان عليها ألا تقربها، ولا أن تدخلها فى اعتبارها.

وتعبر المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متآلفة فيما بينها، لا تتماحى أو تتآكل، بل تتجانس فى معانيها وتتضافر فى توجهاتها. ولا وجه بالتالى لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها. ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها فى مجموعها. وشرط ذلك اتساقها وترابطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا ينعزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التى تجمعها([1]).

بما مؤداه أن ثمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وتربط بينها، ويتعين أن تفسر هذه النصوص على ضوئها، وأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبذل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها أقرتها انحرافا منها عن الحدود التى فرضها الدستور على وظائفها.

([1]) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" –جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤– قاعدة رقم ٣/١٥/– ص ١٤٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثانى
الأغراض التى يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

٩٢٧- يتعين التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيبا قصديا فى تشريعاتها يتصل بالأغراض التى توختها من وراء تبنيها لها؛ وبين خطئها فى تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها فى التقدير، وسواء كان بينا أو محدودا، هو خطأ فى تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالى غير مقصود.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصدا عن ضوابط المصلحة العامة فى العملية التشريعية، وتحريفا لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها.

وهى أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه؛ لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التى تربط قواعده ببعضها، وتضمها إلى بعض فى إطار وحدة عضوية تجمعها.

٩٢٨- ومن غير المتصور أن تكون السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق، منفلتة ضوابطها، متحررة من كوابحها. ذلك أن حدها قواعد الدستور التى تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوما لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التى يفرضها الدستور على السلطة التشريعية فى مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض فى كل قانون أن يكون منطويا على تقسيم من ناحية الأعباء التى يلقيها على البعض أو المزايا التى يمنحها لفريق دون آخر. وشرط موافقة هذا القانون للدستور -ولو أقر فى نطاق سلطة التقدير التى يملكها المشرع- ألا تنفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التى تتوخاها ، بالوسائل إليها، منطقيا وليس واهيا.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصم اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوما فى الأغراض التى يتغياها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

المبحث الثالث

التمييز بين مقاصد تشريعية لا تناقض الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه

٩٢٩- ويتعين كذلك التمييز بين نوعين من الأغراض التى يستهدفها المشرع، ويبلور على ضوئهما النصوص القانونية التى أقرها.

أولا: أغراض تشريعية لا تناقض الدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تناقشها باعتبارها واقعة فى نطاق سلطة التقدير التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق، وهى سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن تزن بمقاييسها الخاصة، السياسة التى انتهجها المشرع فى موضوع معين؛ ولا أن تخوض فى ملاءماتها؛ ولا أن تنحل للقواعد القانونية التى أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها فى تنظيم هذا الموضوع.

ذلك أن السلطة التشريعية يكفيها -وفيما خلا القيود التى يفرضها الدستور عليها- أن تباشر اختصاصاتها التشريعية مستلهمة فى ذلك كافة الأغراض التى يقتضيها الصالح العام فى شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التى حددتها، وسائل منطقية تصلها بها([1]).

ومرد ذلك أن التقدير فى نطاق السلطة التشريعية، مؤداه مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة. وحسبها فى اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفى الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتئم جميعها وأغراض يقرها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالى أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هى أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوبا بإساءة استعمال السلطة.

فضمان حق المواطنين فى المعاش لا شبهة فيه باعتباره من صور التكافل الاجتماعى. والنصوص القانونية التى يقرها المشرع لتحقيق هذا التكافل، لا منافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلا بإيفاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التى يتدخل بها المشرع

([1]) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣/٣٦- ص ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

لحماية الدولة من الناقدين لها، وكأنها فوق القانون(١). ذلك أن حماية الدولة على هذا النحو، امتهان للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظلها ليضفى حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن <<من غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيرا بنواحى التقصير فيه، مؤديا إلى الأضرار بأية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل فى أداء واجباتها، وأن النظر فى أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجبا قوميا كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إهمالا أو انحرافا.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مراقبة تصرفاتها، بالحقوق التى ترتكز فى أساسها على المفهوم الديمقراطى لنظام الحكم. ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التى فرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، تغليبا لحقيقة أن الشئون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة فى تقدمها، وقد ينتكس بأهدافها متراجعا بطموحاتها إلى الوراء(٢)>>.

٩٣٠- وكما يتقيد التقدير فى عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التى يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التى تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لفحواه، وأحراها

---

(1) انظر فى ذلك المادة ٨٢/د من قانون العقوبات التى تفرض عقوبة جنائية ثقيلة على من يذيعون فى الخارج عن عمد أخبارا كاذبة تمس هيبة الدولة واعتبارها.

(2) القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٣/١/٤٥- ص ٧٤١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

بتحقيق الأغراض التى يتوخاها وأقلها تقييدا للحرية، وأكفلها لأكثر المصالح ثقلا فى مجال ضمانها([1]).

كل ذلك بافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالى تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها([2]).

٩٣١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخولها أن تزن بنفسها -وبمعاييرها- ما إذا كان القانون المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره ملائما، وأن واجبها ينحصر فى أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تناقش بواعثها أو تخوض في دوافعها، ما تقرره في ذلك، يفترض أن تكون لهذه النصوص بواعثها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور -فى غاياتها- تعتبر قيدا على السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق. بما مؤداه أن الدستور وإن خول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التى يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قوالبها وفق الأغراض التى يستنسبها، إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الأغراض التشريعية موافقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية.

فإن كان يزدريها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية فى حقيقة هذه الأغراض يكون واجبا. وعليها أن تبطل النصوص القانونية التى استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور فى غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعتبر انحرافا عن الحدود التى كان يتعين أن يلتزمها فى مباشرة سلطته التقديرية.

([1]) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٧/١٠- ص ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٧/١٤- ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق "دستورية" جلسه ١٩٩٦/١١/١٦ -قاعدة رقم ١٢/١٣، ١٤- ص ١٧٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنه ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة ١٥/٦- ص٢١٢ من الجزء الثامن

([2]) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٠/٢٤- ص ٣٦٠ من الجزء السابع.

٩٣٢- وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور فى غاياتها، ولكنها تدلس عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوئها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه، محض تعبير عن تبنيها أهدافا مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو، مؤداه أن انحرافها فى استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيبا غائيا يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التى خرج القانون من رحمها.

٩٣٣- وإذ تصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما يوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصدا حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التى تسعى إليها.

وهو ما يؤكد أن انحرافها فى استعمال السلطة يعتبر كذلك عيبا قصديا.

ذلك أنها تستر عمدا ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور أبطنتها فى نفسها، وكان لها أثر فى توجيهه الوجهة التى صار إليها.

فالسلطة التشريعية قد تصدر بتقسيم الدوائر الانتخابية قانونا يستند وفق هدفها المعلن لعوامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى فى الحقيقة غير تبديد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تتحقق لها فى بعض الدوائر أو فى أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانونا فى شأن المعاهد التعليمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا التأثير فى العملية التعليمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية فى الظاهر، كصون صحة المواطنين فى مجموعهم، ولا يكون هدفها فى حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذاتها عن هذا الانتفاع([1]).

ففى هذه الفروض، يتخذ القانون فى ظاهرة سمتا مخالفا لحقيقة النوايا التى أبطنتها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئا فى مظهره، ملوثا واقعا فى

([1]) قد يصدر قانون ينظم الانتفاع بحمامات السباحة فى بعض المرافق. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحمامات للكافة- بما فى ذلك السود - قد يمنع الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها مجز اقتصاديا. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض تتصل بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدى إلى تصادمهم ببعض ويثير بالتالى قلاقل يتعين تجنبها. بيد أن الخوض فى حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعى لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بذلك المرفق لأغراض عنصرية، بما يؤكد عندئذ انحراف السلطة التشريعية فى استعمال السلطة.

مقاصده التى يتعين على الجهة القضائية أن تردها على أعقابها، وأن نبطل كل قانون اقترن بها، على تقدير مجاورة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشرع على هذه الحدود ظاهرا أم مستترا

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع فى إقرار هذا القانون، فإن امتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المتعذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأثر الذى كان لأيهما فى تحديد مضمون القاعدة القانونية التى وجهتها -ولو فى بعض جوانبها- أغراض مخالفة لنصوص الدستور فى غاياتها

ولا يجوز القول بالتالى بأن الغرض غير المشروع، يتعين أن يكون ماثلا فى القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواه، ولا أن يكون أثر هذا الغرض فى تكوين نصوص القانون جوهريا أو رئيسيا. وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبيا.

المبحث الرابع
نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة

٩٣٤- وإذا انتقلنا من التعميم إلى التأصيل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة التشريعية، تعين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التى قصد المشرع بإقرارها، أن تعمل فى مجال تطبيقها، ووفق شروط سريانها فى حق المخاطبين بها An operative rule، وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخى تحقيقها Objectives or motives، وآثارا ترتبها Effects- consequences or impact.

ولئن جاز القول بأن الآثار التى ترتبها القاعدة القانونية، تتصل بمضمونها، وأن آثارها هذه تتمثل فى تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، ويتعين بالتالى فصل آثار القاعدة القانونية عن الأغراض التى قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها؛ إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الآثار التى ترتبها فى محيط العلائق القانونية، يتمثل فى أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصودا منها ليتحدد على ضوئه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التى تنص على أن الأرض الزراعية لا يجوز تجريفها، هدفها أن تظل رقعتها على حالها، فلا تتقلص بعمل غير مشروع يتوخى تبويرها. ومن ثم تحدد الأغراض التى يستهدفها المشرع من هذه القاعدة نطاق تطبيقها وآثارها.

والقاعدة القانونية التى تحظر هدم المبانى التى لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية، غايتها صون هذه المبانى بوصفها تراثا قوميا لا يجوز التفريط فيه، ليحدد هذا الغرض نطاق هذا الحظر، والآثار التى يرتبها.

والقاعدة القانونية التى تقضى بأن كل مقطورة يتعين أن يكون تصريفها لعادمها من أعلى نقطة فيها، لا يتحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التى تتوخاها، والتى تتمثل فى أن يكون تلويث المقطورة للجو أقل وطأة.

٩٣٥- تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التى لها دور فى تكوين القواعد القانونية التى تتصل بها، وفى تحديد آثارها. وبقدر اتفاقها والأغراض التى يتوخاها الدستور، تتحدد دستوريتها.

والذين يقولون بأن الأغراض التى يتوخاها المشرع تدخل فى إطار مسائل التقدير التى لا يجوز الخوض فيها، يتناسون أمرين:

أولهما: أن الأغراض النهائية للدستور قيد على سلطة التقدير. والتقييد غير التقدير.

ثانيهما: أن الأغراض المخالفة للدستور التى قد يستهدفها المشرع فى قاعدة قانونية أقرها، تبطلها ولو خالطها غرض مشروع فى بعض جوانبها. ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأثر الذى كان للغرض الباطل فى تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والآثار القانونية التى ترتبها.

المبحث الخامس
مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

٩٣٦- وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة فى مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يثنيها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية فى سوء استعمال السلطة، هى أن الأغراض المخالفة للدستور لا تجوز حمايتها، أيا كان قدر الصعوبة التى قد تواجهها الجهة القضائية فى مجال إثباتها، وأيا كان نوع المخاطر التى قد تنزلق إليها فى مواجهتها لهذه الأغراض وتحريها لها.

وغالبا ما تتوصل الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو تثبتها واقعة مجهولة تستخلصها الجهة القضائية من واقعة معلومة لا نزاع فى صحتها، أو من بيان يدلى به أحد المسئولين فى شأن حقيقة الأغراض التى يتوخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلا قويا على بواعثها المخالفة للدستور، والتى يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التى نميل إليها أو التى نمجها ونرفضها لعدم جاذبيتها.

وقد يقوم الدليل على أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية المطعون عليها، لو لم يكن الغرض غير المشروع قد اتصل بها أو اكتنفها. كأن يقر المشرع قانونا بقصد تقييد الهجرة التى أطلق الدستور الحق فيها، إضرارا بعرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالطها أغراض مخالفة للدستور كان يتعين تجنبها. وإقرار المشرع لها على هذا النحو، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن فى الأصل تقديرا منطقيا لتكلفته، واتصالا معقولا بالأغراض التى يتوخى تحقيقها، وانتقاء بدائل أقل وطأة من تلك التى اختارها فى بناء القانون.

فإذا جاوز قانون الأوضاع الشكلية التى يتطلبها الدستور فيه، أو أخل بمضمون نص فى الدستور، أو تمحض عن إساءة استعمال السلطة، تعين أن يكون بطلان القانون جزاء واحدا على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية، وإن تقدم بعضها على بعض، كأولوية النظر فى الأوضاع الشكلية التى يتعين إفراغ القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص فى الدستور، وكاستقصاء المخالفة الشكلية ثم الموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض فى غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مثالبها. وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية تردها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجنبها الحرج في علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن امتهان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها الدستور لها، يتحقق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساءتها استعمال السلطة التي تعد عيبا قصديا يبصره المشرع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل النصوص القانونية التي يقرها، ليوجهها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

٩٣٧- وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي توختها النصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من تواطؤ في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تعمقا لنواياهم التي يتعذر إثباتها؛ مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر؛ وأن إثباتها بطريق غير مباشر يتأتى على الأخص من تقصي السياسية التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها تعمد إرهاق المؤجرين بأعباء يختل بها التوازن المنطقي في العلائق الايجارية بينهم وبين المستأجرين([1]). ويرتد كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية واقعة مجهولة من واقعة معلومة بما يجعل الواقعة المعلومة موطئا للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعتين من صلة، كأن تستنبط من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود المصلحة العامة، وانصرافها بالتالي إلى تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

وما يراه البعض من أن الرقابة القضائية على الأغراض التي تتغياها السلطة التشريعية، يقحمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة وانتقاصها من مهابتها ويلقيها في بؤرة الصراع السياسي؛ مردود بأن الجهة القضائية لا تسأل أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائما في أذهانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة

([1]) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٣/٦٥- في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه -بالصيغة التي أفرغ فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمدا طويلا في إطار مفاهيم جائرة لا يمكن تبريرها منطقيا ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الاتجاه يمثل ظلما فادحا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متحيفا حقوقا ما كان يجوز الإضرار بها.

الناخبين فى تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا تجوز بالتالى محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إشهادهم على بواعثهم من العمل التشريعى، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع فى أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التى كان يجب أن يفرغ القانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور فى محتواه، هو خطأ من المشرع. ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد اتهام أعضاء هذه السلطة بالتدليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفا للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التى تدين بواعثهم، لا يثير شكوكا خطيرة حول أمانتهم، ولا تهينهم، ولا تقحم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة دوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يتعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجح لديها إساءة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. وردها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور.

المبحث السادس
فائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعثها

٩٣٨- كثيرا ما يقال بأن الخوض فى الأغراض المقصودة من القواعد القانونية، لا فائدة فيه، وذلك من وجهين:

أولهما: أن الدخول فى الأغراض التى تتوخاها السلطة التشريعية من تشريعاتها، يحملها على أن تبذل جهدا أكبر لإخفاء ما هو غير مشروع منها، بما يحبط الرقابة القضائية على عمل السلطة التشريعية، ويعجزها عن تحقيق مهامها.

ثانيهما: أن السلطة التشريعية التى تبطل الجهة القضائية تشريعاتها لسوء استعمال السلطة، قد تعيد إصدارها بذات أهدافها السابقة الباطلة بعد إلباس تشريعاتها الجديدة، ثوبا يناقض حقيقتها.

٩٣٩- بيد أن هذين الوجهين -حتى مع صحتهما- لا يجردان الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة من فائدتها العملية وذلك على النحو الآتى:

أولا: إعادة إقرار المشرع لقانون باطل فى أهدافه

وما يقال من أن المشرع قد يعيد إصدار القاعدة القانونية القديمة التى أبطلتها المحكمة لسوء استعمال السلطة، مردود بأن إبطالها لقاعدة قانونية لسوء استعمال السلطة ثم إبدال المشرع للقاعدة القديمة بقاعدة جديدة ، لا يجوز أن يمنعها من التحقق مما إذّا كان ثوبها الجديد، ساترا للأغراض المعيبة ذاتها التى كان عليها ثوبها القديم، وما إذا كان المشرع حين أعاد إصدارها قد أخذ فى اعتباره بحقوق المخاطبين بها، والذين أضيروا منها قبل إبطالها.

ولا شبهة فى أن للسلطة التشريعية دوما أن تقر من جديد قانونا ينظم الأوضاع التى تناولها قانون سابق قضى ببطلانه لمجاوزة السلطة، بشرط أن يوافق القانون الجديد، أحد الأغراض التي يكفلها الدستور. وحريتها فى ذلك لا قيد عليها.

ثانيا: إخفاء المشرع لنواياه

وحتى لو أعاد المشرع إقرار قانون أبطل من قبل بالنظر إلى مجاوزة السلطة، فإن من المفترض أن يعامل القانون الجديد باعتباره قانونا مشبوها اتصل بالأغراض القديمة المخالفة للدستور واستصحبها.

وهو افتراض لا يجوز أن ينقض إلا إذا قام الدليل على نبذ السلطة التشريعية للغرض القديم، وعلى الأخص كلما تغيرت الأوضاع التى صدر القانون القديم فى ظلها، أو تبدلت القيم من النقيض إلى النقيض خلال الفترة الزمنية الواقعة بين هذين القانونين.

وتدخل الجهة القضائية فى العملية التشريعية على هذا النحو، ليس معيبا. ذلك أن إبطالها لقانون ما، لا يتصور أن يمنعها من تقييم قانون آخر طابق القانون الأول أو خالفه، أو كان قريبا من أحكامه.

ولها أن تعتمد فى هذا التقييم على السياسة التى تنتهجها السلطة التشريعية، وموقفها قبل فريق من المواطنين. وهما عنصران يعطيان الانطباع فى كثير من الأحيان بأن الأغراض التى توخاها المشرع من إقرار القانون الجديد، تثير الشبهة حول مشروعيتها، وعلى الأخص لأن احتمال إبدال القانون الأول الباطل بقانون جديد يصدر فى إطار غرض مشروع، كثيرا ما يكون ضئيلا.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن القاعدة القانونية المخالفة فى مضمونها أو فى الآثار التى ترتبها للدستور، هى قاعدة لا نفاذ لها؛ فإن من الصحيح كذلك أن عودة المشرع إلى إقرار قاعدة قانونية أبطلتها المحكمة من قبل لخروجها على أهداف كلية يحميها الدستور لمخالفتها نصوص الدستور فى أغراضها الكلية، ينحل عملا عديم الأثر. ولو ألبس المشرع القاعدة الجديدة التى أعاد إصدارها، ثوبا يتفق مع الدستور.

وما يقال كذلك من أن إبطال الجهة القضائية للنصوص القانونية التى تخرج بها السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، يحفزها دائما على إخفاء حقيقة نواياها، وبذل كل جهد من أجل طمسها، وحرمان الجهة القضائية بالتالى من كل معلومة أو بيان يعينها على تقييم هذه النوايا لتهزم الجهة القضائية نفسها بنفسها؛ مردود بأن خوض الجهة القضائية فى حقيقة الأغراض التى تبنتها السلطة التشريعية، ضرورة دستورية لا يجوز تجنبها أو غض البصر عنها.

وقلما تعتمد الجهة القضائية فى سبرها لهذه الأغراض على معلومة أو بيان تتلقاه من السلطة التشريعية التى تحرص على أن تظل مقاصدها الباطلة من النصوص القانونية، محجوبة عن الجهة القضائية التى قد تدينها إذا بان لها أن وراء هذه النصوص غرض غير مشروع.

ولئن صح القول بأن تدخل الجهة القضائية لفرض رقابتها الدستورية على السلطة التشريعية، هو مما يزعجها ويؤرقها، وأن وصمها بمخالفة الدستور فى الأغراض التى

يحميها، يشينها، ويصم أعضاءها بالإخلال باليمين التى حلفوها على احترام الدستور؛ إلا أن الحقيقة التى لا يجوز إهمالها، هى أن السلطة التشريعية قد تقر من القوانين ما يناقض نصوص الدستور فى غاياتها.

ويتعين بالتالى أن تبطلها الجهة القضائية على تقدير أن مصلحة المواطنين فى توكيد الشرعية الدستورية وبناء أسسها، أولى وأظهر من مصلحة أعضاء السلطة التشريعية فى حماية أنفسهم مما يشينهم، وعلى الأخص كلما كان سوء استعمال السلطة جليا من نصوص القانون ذاتها، وإن تعين على الجهة القضائية أن تلتزم قدرا كبيرا من الحذر فى وصمها لقانون ما بمجاوزة السلطة.

المبحث السابع

ضرورة التحوط في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة

٩٤٠- وإذ كان واجبا على الجهة القضائية أن تطبق الدستور فى كل أحكامه، ومن بينها الأغراض التى يصونها، فإن عليها كذلك أن تزن مهمتها هذه بقدر الضرورة، وألا تبطل بالتالى قانونا لإساءة استعمال السلطة، إلا إذا توافر الاقتناع لديها بأن القانون اختلط بغرض غير مشروع، وأنه كان لهذا الغرض دور إيجابى فى تكوين نصوص القانون، ولو لم يكن دورا وحيدا Sole motiavion أو متفشيا Dominant motivation([1]) فى نصوص القانون جميعها. وإنما يكفى أن يكون مؤثرا فى المحصلة النهائية للعملية التشريعية. ولا يجوز القول بالتالي بأن النصوص القانونية المناقضة في أغراضها للدستور، هي تلك التي ما كانت السلطة التشريعية لتصدرها لو لم تكن هذه الأغراض قائمة في ذهنها وقت إقرار القانون.

وكلما بان لجهة الرقابة القضائية أن القانون فى غرضه لا يوافق الدستور، تعين عليها أن تعامله باعتباره قانونا مشبوها وأن تبطله. فإذا أعاد المشرع إصدار القانون، تعين أن تكون بواعثه الجديدة نقية من كل الوجوه([2]).

ومجرد قيام صلة منطقية بين القاعدة القانونية، والأغراض التى تتوخاها، لا يجعلها بالضرورة قاعدة موافقة للدستور. وإنما تتحقق دستوريتها بموافقتها لأحكامه وتقيدها كذلك بمقاصدها.

ذلك أن ما ينبغى أن يركز القضاة عليه، ليس ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يناقض الدستور، وإنما يتعين أن يدور تساؤلهم حول ما إذا كان لهذا الغرض دور فى تكوين هذه القاعدة([3]). ويفترض دوما أن للغرض غير المشروع دور فى المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

ذلك أن مجرد مجاوزة السلطة التشريعية لأغراض توخاها الدستور، يصمها بإساءة استعمال سلطتها، وعلى الأخص من خلال الطريقة التى اختطتها لنفسها لإقرار القاعدة القانونية التى أثر فى تكوينها غرض غير مشرع، وهو ما يعتبر كافيا لإبطالها، ولو كان

([1]) الغرض المنفرد أو المهيمن، لا يلحق عادة الأعمال التشريعية التنظيمية، وإنما يتعلق بالقرارات الفردية التى تصدرها الإدارة.

([2]) Paul Brest, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, the Supreme Court Review, 1971, pp. 95-131.

([3]) Paul Brest, footnote page 119.

تطبيق هذه القاعدة كافلا تحقيق بعض المنافع للمخاطبين بحكمها، وكانت الفائدة العملية من تطبيقها، تربو سوءاتها.

ذلك أن الأغراض النافعة للقانون لا تنفى سوء استعمال السلطة باعتبارها عيبا لا يجوز الخلط فى تحققه بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية.

ودليل ذلك أن المشرع وإن تعين أن ينظر فى النصوص القانونية التى يبحثها حتى لا يقر منها إلا ما يكون مفيدا بوجه عام للمخاطبين بأحكامها، إلا أن ما يعتبر من منظور قضائى صحيحا من النصوص القانونية، ينحصر فى تلك التى توافق الدستور. ومن ثم لا تتحدد دستورية القانون على ضوء الفائدة التى يجنيها المخاطبون بأحكامه.

وينبغى بالتالى أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التى توافق نصوص الدستور فى شكليتها وأسسها وغاياتها، وإلا تعين إبطالها بغض النظر عن نتائجها على صعيد مصالح الناس فى مجموعهم. فضلا عن أن إقرار المشرع لقوانين مخالفة فى أغراضها لنصوص الدستور فى غاياتها، مؤداه أن هذه الأغراض كان لها وزن فى تحديد مضمونها، وأن تعيبها على هذا النحو يكفى لإبطالها، ولو قارنتها بعض الآثار التى أفاد المواطنون منها.

المبحث الثامن

الطبيعة القصدية والاحتياطية لعيب إساءة استعمال السلطة

٩٤١- تناقض النصوص القانونية الدستور من أوجه ثلاثة نرتبها على النحو الآتى، وبمراعاة أن ترتيبها فيما بينها لا يعنى تدرجها وعلو بعضها على بعض. وإنما يقصد بترتيبها تقديم بعضها على بعض فى مجال الرقابة الدستورية التى تتولاها الجهة القضائية.

ذلك أن هذه الجهة لا تخوض فى عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنها تبدأ بالنظر فى المطاعن الشكلية للنصوص القانونية. فإذا تبين لها أن هذه النصوص لا يخالطها ثمة عوار مرده إلى الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها، كان عليها أن تتناول بعدئذ عيوبها الموضوعية للتحقق مما إذا كان القانون مخالفا لنصوص الدستور فى محتواها الموضوعى. فإذا ظهر لها براءة القانون من كل عوار من طبيعة موضوعية، تعين عليها عندئذ، وعندئذ فقط أن تنظر فيما إذا كان هذا القانون منطويا على تجاوز السلطة.

وتقدم بعض صور مخالفة الدستور على غيرها، ليس قرين التحكم، ولا هو تعبير عن التسلط، وإنما تتقدم بعض أوجه العوار التى تقارن النصوص القانونية على بعضها فى إطار علاقة منطقية، وعلى ضوء طبيعة المخالفة الدستورية.

فتحقق الجهة القضائية من استيفاء الأوضاع الشكلية التى يقتضيها الدستور من المشرع أو تخلفها، يتصل بوجود النصوص القانونية ذاتها. ذلك أن النصوص القانونية التى لا يصبها المشرع فى قوالبها الشكلية التى ينص عليها الدستور، كالموافقة على قانون بغير الأغلبية اللازمة لإقراره، أو كإصدار رئيس الجمهورية لقرار بقانون بما يجاوز حدود الاختصاص المقرر له دستوريا فى هذا النطاق ، أو كإغفال استيفاء المراحل المختلفة التى يتطلبها الدستور فى العملية التشريعية كاقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها، كل ذلك يعتبر عيبا شكليا ينال من النصوص القانونية، ويفقدها مقوماتها، وينعدم به وجودها، فلا تكون لها ثمة حياة على صعيد العلائق القانونية، لتعامل هذه النصوص باعتبارها مواتا ولا قيمة لها.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا من خلال قاعدتين كفلتهما:

أولاهما: أن المطاعن الشكلية فى النصوص هى التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص القانونية لأوضاع إجرائية تطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان متصلا باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقا

بالشروط التى يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها فى غيبة السلطة التشريعية، أو بتفويض منها.

ثانيتهما: أن استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية، سابق بالضرورة على الخوض فى عيوبها الموضوعية. ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم أصلا إلا بها، ولا يكتمل وجودها فى غيبتها.

ومن ثم صح القول بأن خوض المحكمة الدستورية العليا فى عوار موضوعى، يفترض اكتمال وجود النصوص المطعون عليها، وينحل بالتالى قضاء ضمنيا بصدور هذه النصوص وفق الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيها([1]).

٩٤٢- وسواء تعلق الأمر بمخالفة النصوص القانونية لأوضاع شكلية تطلبها الدستور فيها، أو بمضمون قاعدة فيه، فإن هذين العيبين لا يعتبران بالضرورة عيبين قصديين. ذلك أن الرقابة على الدستورية تشملهما، سواء كان المشرع قد قصد الوقوع فى المخالفة الدستورية وتعمدها، أم كان قد دخل فيها إهمالا أو خطأ، ليكون الوقوع فيها عرضا، لا قصدا.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الرقابة على الدستورية تتناول -بين ما تشمل عليه- الحقوق التى كفلها الدستور وأهدرها المشرع، سواء كان الإخلال بها مقصودا ابتداء، أم كان قد وقع فيها عرضا([2]).

ولا كذلك الطعن فى النصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن هذا الطعن ينحل عيبا غائيا مرده إلى خروج المشرع على أغراض يكفلها الدستور. ويتمحض هذا الطعن كذلك عيبا قصديا على تقدير أن مجاوزة السلطة هى إساءة استعمالها، ولا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة يبطنها المشرع أو يظهرها، متوخيا بها تحقيق أغراض تناقض قواعد الدستور فى مقاصدها الكلية. فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرفها عن وجهتها فى النصوص القانونية التى أقرها، تعين القول بمخالفتها للدستور.

ولا شبهة كذلك فى أن الطعن بمجاوزة السلطة يعتبر -فى كل صوره- عيبا احتياطيا لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر. وهو بذلك ملاذ أخير

---

(1) القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٢/١١/٧ -قاعدة رقم ٦/٥- ص٥٠-٥١- من المجلد الثانى من الجزء الثانى من أحكام المحكمة.

(2) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢/٢٠- ص ٣٥٢ من الجزء السابع من أحكام المحكمة

يعتصم به المضرورون من النصوص القانونية إذا تعذر عليهم تجريحها من جهة مخالفتها لنصوص الدستور فى جوانبها الشكلية والموضوعية.

٩٤٣- ومقاصد المشرع من القواعد القانونية التى يقرها، هى التى يتعين أن تستجليها الجهة القضائية بغير تردد يقعدها عن الخوض فيها. ذلك أن بحثها لا يتوخى الفصل فيما إذا كان المشرع قد أدخل فى اعتباره كافة العوامل التى كان يجب أن يدركها ويبصرها فى تنظيمه لموضوع ما. وإنما تنحصر مهمة الجهة القضائية التى تفصل فى سوء استعمال السلطة، فيما إذا كان المشرع، قد صاغ القاعدة القانونية على ضوء غرض غير مشروع أثر فى تكوينها. وتلك مهمة تقابل الجهة القضائية من خلالها بين أغراض تشريعية وأغراض دستورية، لتحدد على ضوء هذه المقابلة منطقة التعارض أو التوافق بينهما.

وكلما كان للغرض غير المشروع دور فى تكوين النصوص القانونية المطعون بمخالفتها للدستور، تعين إبطالها، ولو لم يكن هذا الغرض قد أحاط بالنصوص القانونية بتمامها، وإنما أثر فى بعض جوانبها.

وليس شرطا بالتالى أن يكون الغرض غير المشروع، غرضا رئيسيا يؤثر بصورة جوهرية فى النصوص القانونية ويوجهها نحو تحقيقه، ولا أن يكون غرضا وحيدا يحيط بها من كل أقطارها ويتسرب إلى كل جزئية فيها.

المبحث التاسع

أغراض الدستور بين تعميمها وتخصيصها

٩٤٤- قررت المحكمة الدستورية العليا فى أحد أحكامها، أنه فيما خلا القيود التى يفرضها الدستور على السلطة التشريعية، فإن لها أن تباشر اختصاصاتها التقديرية دون تدخل من الجهة القضائية التى لا يجوز لها أن تناقشها فى السياسة التى انتهجتها فى موضوع معين، ولا أن تخوض فى ملاءمة تطبيقها عملا، ولا أن تنحل للنصوص القانونية التى تبنتها غير الأغراض المقصودة من إقرارها، ولا أن تحل خياراتها محل البدائل التى تبنتها السلطة التشريعية التى يكفيها أن تمارس اختصاصاتها وفق أغراض يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التى حددتها لنفسها، مرتبطة عقلا بها([1]).

ولا شأن للجنة القضائية بالتالى بما هو مشروع من أغراض السلطة التشريعية التى تبلور مقاصدها من النصوص القانونية التى أقرتها. ولا كذلك ما لا يأذن به الدستور من أهدافها. ذلك أن توخيها تحقيق غرض غير مشروع، يعتبر انحرافا منها فى مباشرة سلطتها([2]).

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن الفصل فى دستورية النصوص القانونية لا يتصل بتقدير ملاءمة إقرارها، ولا بالحكمة من تبنيها، ولا ببواعثها، إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التى يستهدفها المشرع منافية لمقاصد الدستور؛ سواء فى ذلك تلك التى تتصل بالمفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، أو بالمفهوم المخصص لأغراض بذواتها.

فقد لا يخول الدستور السلطة التشريعية حق فرض رقابة على وسائل الأعلام، إلا بشرطين: أولهما: أن تكون رقابة محدودة، وثانيهما: أن يكون هدفها منها صون الأمن الاجتماعى، ليكون ضمان هذا الأمن غرضا مخصصا حدده الدستور.

وقد يكفل الدستور حرية إجراء البحوث العلمية، ويخول السلطة التشريعية اتخاذ الوسائل اللازمة لدعم قاعدتها وتوسيعها وتشجيعها. ومن ثم يكون هذا الغرض المخصص فى نطاق البحوث العلمية، قيدا على سلطته فى شأن كل تنظيم يتناولها.

([1]) القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٤/٤ ص ٤٩٤ من الجزء السادس.

([2]) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- القاعدة رقم ٦/١٤، ٧ -ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التدخل لمناصرة عقيدة بعينها إضرارا بغيرها. وعندئذ يكون الدستور قد حدد للسلطة التشريعية أغراضا بذواتها فى مجال حرية اعتناق الأديان، ومنعها من التدخل على نحو يؤجج الصراع بينها. وذلك غرض مخصص حدد الدستور مضمونه ومداه.

وقد يحظر الدستور إعلان الأحكام العرفية إلا بقانون، وبقصد صون الأمن والنظام. وعندئذ يكون إعلان السلطة التشريعية لها مقيدا بعدم انحرافها عن هذا الغرض المحدد، ليبطل القانون الصادر عنها إذا جاوزه.

ففى كل هذه الفروض، نحن أمام دائرة بعينها حدد الدستور نطاق التدخل التشريعى فيها من جهة تحديده للأغراض التى يتعين أن يستهدفها هذا التدخل.

ولئن جاز القول بأن الدستور قلما يحدد أغراضا بذواتها يلزم بها السلطة التشريعية، ويجعلها محورا لعملها فيما تقره من القوانين فى إطار هذه الدائرة؛ إلا أن ندرة النص عليها فى الدستور لا يعنى استبعادها كأغراض بذواتها يتعين أن تستهدفها السلطة التشريعية. فإذا نقضتها أو جاوزتها، دل ذلك على انحرافها عن سلطتها، وتعين إبطال كل قانون نقض أو جاوز الغرض المخصص بالدستور.

وليس ثمة فارق بالتالى، لا فى الطبيعة ولا فى الدرجة، بين خروج السلطة التشريعية على المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين فيما تقره من القواعد القانونية؛ وبين تعمدها الخروج على صور بذواتها من الخير العام حددها الدستور لها، وألزمها بأن تتخذها غاية وحيدة لها على وجه التحديد.

ذلك أن المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، هو المصلحة العامة فى ثوبها الفضفاض، ومفهومها الأوسع. وعلى نقيض ذلك الأغراض المحددة التى يرسمها الدستور للسلطة التشريعية فى دائرة بذاتها من تشريعاتها، ذلك أن هذه الأغراض تبلور المفهوم الخاص لصور بذواتها من الخير العام لا يجوز لهذه السلطة أن تعمل على خلافها.

ومن ثم تكون المصلحة العامة هى المفهوم الأعرض لاستعمال السلطة التشريعية، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة التى يتعين على هذه السلطة التقيد به. ومجاوزتها للغرض الأعرض أو الأضيق للمصلحة العامة، يبلور –فى الحالتين– انحرافها فى استعمال سلطتها.

٩٤٥- ولا يجوز القول بالتالى بأن خروج السلطة التشريعية على الغرض المخصص لها بنص فى الدستور فى مسائل بعينها، هو مخالفة مباشرة لهذا النص من شأنها إلغاء المفاضلة التى تجريها بين البدائل، ويجعلها أمام خيار وحيد هو العمل على تحقيق الغرض المخصص، والمحدد بنص فى الدستور. ومن ثم تكون سلطتها فى نطاق تحقيق هذا الغرض، مقيدة لا تقديرية. غير صحيح وذلك لأمرين:

أولهما: أن إساءة استعمال السلطة تعتبر عيبا غائيا يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء فى مفهومها الأشمل أو فى مفهومها الخاص.

ثانيهما: أنه حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بذواتها، وحمل السلطة التشريعية على تبنيها؛ إلا أن اختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، لازال بيد السلطة التشريعية، وواقعا فى حدود سلطتها التقديرية. وهذه الوسائل هى النصوص القانونية التى تراقبها الجهة القضائية للتحقق من ارتباطها عقلا بتلك الأغراض أو مجاوزتها لها.

المبحث العاشر
العلاقة بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع معين

٩٤٦- وغير صحيح كذلك القول بأن مجاوزة السلطة التشريعية لغرض معين حدده الدستور لها فى موضوع ما، مؤداه انفصال تشريعاتها عن سببها، بما يبطلها لبطلان سببها([1]).

ذلك أن من المفترض فى كل قانون يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، أن يفرغ فى الأشكال التى نص الدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التى لا يعارضها.

وفى حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو من الاتفاق مع أحكامه.

وثمة فارق كبير بين واقعة توجه السلطة التشريعية إلى التدخل، وبين أثر هذا الواقعة فى تكوين نصوص القانون وتحديد صورتها النهائية. فوقوع اضطراب يخل بالأمن العام، واقعة تخول السلطة التنفيذية التدخل لقمعه. بيد أن التدابير التى تتخذها لتحقيق هذه الغرض قد تخالطها الأهواء، ولا يكون صون النظام العام بالتالى ملحوظا فيها، لتبطل هذه التدابير التى وجهتها أصلا واقعة لا شبهة فى مشروعيتها.

كذلك فإن كل كارثة من طبيعة عامة، تخول السلطة التشريعية إعلان حالة الطوارئ لمواجهتها. إذا كان من شأنها الإخلال بالأمن أو النظام العام. بيد أن السلطة التشريعية قد تتستر وراء إعلان هذه الحالة، لاتخاذ تدابير تجاوز نطاقها وتزيد على متطلباتها، لتكون التدابير الزائدة مخالفة للدستور.

([1]) كالقول بأن ما تنص عليه المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ من أن الصحافة حرة فى حدود القانون، وأن أية صحيفة لا يجوز إنذارها أو وقفها أو إلغاؤها إداريا إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعى، مؤداه أن الدستور حدد أغراضا بذواتها على السلطة التشريعية ألا تحيد عنها، وإن استهدافها هذه الأغراض يعتبر سببا لتدخلها، فإذا جاوزتها بالنصوص القانونية التى أقرتها، تعين إبطالها لبطلان سببها. أنظر فى ذلك رسالة الدكتوراه للدكتور عبد العظيم عبد الحميد إبراهيم شرف -عنوانها المعالجة التشريعية والسياسية للانحراف التشريعى -ص ١٧٩ إلى ٢٠٣ طبعة ٢٠٠٢.

بما مؤداه أن لكل واقعة أثر فى توجيه المشرع إلى التدخل لتنظيم موضوع ما. بيد أن الحدود التى يبلغها هذا التنظيم، هى التى تبين ما إذا كان متفقا أو مختلفا مع الدستور.

وكذلك الأمر فى سوء استعمال السلطة. ذلك أن مضمون النصوص القانونية التى تقرها السلطة التشريعية فى مجال تنظيمها لموضوع معين، قد تدل على وجه انحرافها فى استعمال سلطتها التشريعية من خلال تنكبها لغرض مخصص حدده الدستور لها، أو مجاوزتها للمصلحة العامة فى ثوبها الأعم، بما يؤكد انحرافها فى الحالتين عن وظائفها.

ومن ثم تنفصل الواقعة التى تحمل المشرع على التدخل، عن مضمون النصوص القانونية التى يقرها بمناسبة هذه الواقعة ذاتها، وعن حقيقة الأغراض التى يتوخاها.

فالهجوم من صحيفة على أحد المسئولين عن العمل العام، يظل مشمولا بالحماية الدستورية، ولو كان هذا الهجوم مريرا. ولا يجوز بالتالى أن تشكل هذه الواقعة مضمون النصوص القانونية التى ينظم بها المشرع حرية التعبير، وإلا تعين تعييبها بمخالفة الدستور.

المبحث الحادى عشر
خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

٩٤٧- حددت المحكمة الدستورية العليا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض فى عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا وعيبا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه واشيا بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالى وراء سلطتها فى مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافا عنها([1]).

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا فى تعييبها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها فى القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق عليا "دستورية" خاض فى نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والعملية التى قام عليها، منتهيا من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية([2]).

٩٤٨- وقد قابل الفقيه الكبير الدكتور السنهورى بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية. وقرر الفقيه الجليل أن النصوص القانونية وإن تعين ضمان استقرارها حتى لا تزعزعها عيوب تثير شكا فى مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور أولى.

وقرر هذا الفقيه كذلك أن لكل دستور أغراضا يتوخاها، فإذا خالفتها نصوص قانونية تعين إبطالها. ومن ذلك أن يلبس المشرع النصوص القانونية بما ينافى حقيقتها بأن يصبها فى شكل قواعد مجردة لا تستنفد موضوعها بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقى بعد تطبيقها عليها مجال لعملها([3]).

([1]) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق."دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧- القاعدة رقم ٥/٨٩- ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

([2]) القضية رقم (٣) لسنة ١٨ ق. عليا "دستورية" التى رفعت صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٧٢/٤/٢٣ والتى طعن فيها على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء قرارات وزير التعليم بمعادلة شهادة المساحة بشهادة الفنون والصنايع نظام حديث.

([3]) انظر فى ذلك مقالة كتبها الدكتور السنهورى فى مجلة مجلس الدولة -السنة الثانية- تحت عنوان "الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية".

٩٤٩- والأصل فى المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفيا وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها فى الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية المسلم بها، ولو لم يرد نص بها(١).

ولا يجوز بالتالى أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها فى تنظيم الحقوق ستارا لإخفاء نواياها فى الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التى كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأنصار، وإرهاقها لبعض الممولين، وإبهاظها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديدها لشروط القبول فى المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفا لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحيمها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تناقض القيم التى احتضنها، وتخل بالأغراض التى يتوخاها فى مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها فى حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستتر بالحق فى تنظيمها، وتوخى قمعها أو إصابتها بأفدح الأضرار تحقيقا لسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية على حقيقة وظائفها التى تلزمها بأن تتجرد فى كل قاعدة قانونية تقرها، عما يعتبر تلهيا أو تشهيا أو تسلطا بغير الحق حتى تتحرر مقاصدها من كل التواء يشينها.

وتلك منطقة لا يجوز فى إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار بفرقاء لا تصطفيهم، ولا أن تعمد إلى الإخلال بالتوازن بين المزايا التى ترتبها القاعدة القانونية، والأضرار التى تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدتها من خلال النوايا التى تبطنها، والتى ترتد على القواعد التى أقرتها بالنظر إلى تأثيرها فى محصلتها النهائية.

وهو ما يجعل الأغراض التى تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل فى موافقتها أو مخالفتها لأغراض كفلها الدستور.

ومن ثم صح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، يعتبر عيبا غائيا وقصديا فى آن واحد.

---

(١) الأستاذ الدكتور/أحمد كمال أبو المجد –الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى– مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ –هامش ص ٥٩٢.

واعتباره عيبا غائيا. مؤداه مجاوزة السلطة التشريعية قصدا لأغراض يضمنها الدستور. ومن ثم كان عيبا مقصودا يرتبط بحقيقة الأغراض التى توختها فعلا. كذلك فإن النظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا، مؤداه ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور العوار جميعها التى ترتد فى ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التى يتطلبها الدستور فى النصوص القانونية.

فإذا قام واحد منها، كان ذلك كافيا لنقض القانون([1]). ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يغاير خطأها فى فهم الدستور. ويتعين بالتالى أن يؤخذ القول بانحرافها فى استعمال سلطتها بقدر كبير من الحذر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هى دونه بيقين، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التى يتغياها، فلا تنقضها بما يجعل نواياها عبئا على الدستور.

---

(1) فإذا طارد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التى يعبرون بها عن مناهضتهم لها، كان ذلك إخلالا بحرية التعبير يتقدم انحرافها فى استعمال السلطة.

المبحث الثاني عشر
إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

٩٥٠- وتذرع السلطة التشريعية بحريتها فى التقدير، لا يناقض إمكان انحرافها فى استعمال سلطتها. ذلك أن التقدير غير التحكم، والتعقل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، وأن المشرع اختار أنسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة ثقلاً.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل بعينها، غير مقصود بالنظر إلى ذواتها، وإنما لتحقيق المصلحة التى يستهدفها المشرع، بافتراض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بذواتها تتغياها، ولا تكون المشروعية إلا وصفا جامعا بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحا من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التى قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل فى منتهاه إلى إهدار الحقوق التى تناولها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لا تكفل فعاليتها([1]).

٩٥١- إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع جوهرها الإطلاق. ذلك أن حدها مشروعية الوسائل التى يعتمد المشرع عليها فى مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التى تتوخاها هذه الوسائل، وقيام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فإذا اختار المشرع من بين الوسائل التى يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلا كمصادرة آراء بالنظر إلى مضمونها، أو كان المشرع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع -كصون الأمن- وسيلة لا جدال فى مخالفتها للدستور، كفض الرسائل البريدية بغير إذن

([1]) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن -ص ١٦٩؛ والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق -دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨- القاعدة رقم ٢/١٠٣- ص ١٣٤٨ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٥/٤- القاعدة رقم ٤٣ ،١٠ ص ٥٧٤ من الجزء السابع.

قضائى، أو كان هذا البديل أكثر إرهاقا للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع فى ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص فى الاجتماع -وهو تنظيم مشروع أصلا- وتختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للدستور بقصد تحقيق أغراض، لا يتسامح فيها، كمطاردة بعض الخصوم وتعقبهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساءته استعمال سلطتها، ثابتا يقينا.

ويتعين بالتالى التمييز بين أغرض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يأذن الدستور بها، ولكن السلطة التشريعية قننتها بتشريعاتها انحرافاً منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

المبحث الثالث عشر
إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

٩٥٢- تدور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها -وجودا وعدما- مع حقيقة الأغراض التى تستهدفها فيما تقره من القواعد القانونية. فما كان منها كافلا الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام فى منطق الشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور ثمة غرض من هذا القبيل ، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلا لخروجه على الوظيفة التشريعية التى يقوم المشرع أصلا عليها.

ويتعين بالتالى أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام كتبنيها سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التى وجهته وحددت محتواه. وهذه الأغراض وحدها التى قصد المشرع إلى تحقيقها، هى التى نقف عندها فى مجال الفصل فى سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التى أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص القانونية التى أقرها فى شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، وقلما يفصح المشرع عنها، فإن الدليل عليها، لا يقوم إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتفضى إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التى تدل عليها حتى ما كان منها سابقا على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التى حددت لهذه النصوص وجهتها، أو على الأقل على الجو العام الذى أحاط بها وألهمها حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخرى الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدوان المشرع على حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخول المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التى يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحرياتهم التى كفلها الدستور. فإذا تغول المشرع عليها سواء بإهدارها أو بانتقاصها من أطرافها، جاوز بذلك حدود سلطته فى تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة سيئ النية، بل كان خطؤه راجعا إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور التى لا تجيز العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم التى كفلها سواء من خلال هدم ذواتها أو الحد من نطاق الانتفاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جسيما أم كان محدودا، فإن هذا الانتقاص عدوان على الحماية التى تصورها الدستور وكفلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هى التى يحرص الدستور عليها ليعطى حقوق المواطنين وحرياتهم قيمتها الحقيقية.

٩٥٣- بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه فى حمأة سوء استعمال السلطة، إذا توخى المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتعين أن يكون قد تعمده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو ألبس المشرع قانونا أقره ثوبا من المصلحة العامة، فإن إخفاءه الأغراض الحقيقية التى توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريها، ليبطل القانون بقدر خروجه على الأغراض التى يلتمسها الدستور. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال القوانين التى تقرها السلطة التشريعية فى شكل قواعد مجردة لتستر تعلقها بأشخاص بذواتهم تقصد إلى الإضرار بهم أو تتوخى منحهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفترض فى السلطة التشريعية هو تجردها ونزاهتها، وعلوها بالتالى على الصغائر التى تدفعها إليها الأهواء الشخصية ميلا أو ضغينة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وظيفتها إلى غير الأغراض التى يقتضيها الدستور منها، ليسقط بالتالي افتراض مطابقتها للدستور.

٩٥٤- ولأن مجاوزة السلطة يتصل فى الأعم بالنوايا التى أضمرها المشرع وحدد على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان؛ وكان المشرع قلما يعلن عن نواياه الحقيقية التى غلفها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تعمقها يظل واجبا على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبها فى ذلك لا من خلال النظر فى ظاهر هذه النصوص -إذ الفرض أن المشرع أخفى نواياه الحقيقة بشأنها وألبسها غير ثوبها الدال على حقيقة وجهتها- وإنما عن طريق النظر فى كافة الأوضاع التى لابستها ما كان منها سابقا عليها، أو معاصرا لخلقها، وما اتصل بها من حوار داخل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القرائن التى تشى بنوايا المشرع التى أبطنها.

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التى تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها([1])، والعجلة المريبة فى تمريرها، واللهفة على سرعة إصدارها، وأقوال المسئولين الذين برروها بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التى تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد تداعى الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التى أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وقد يعمد المشرع إلى انتهاج سياسة بعينها فى نطاق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يجعلها خارجة من رحمها وموصومة بها فى كل حلقاتها. وهو ما تؤكده المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلائق الايجارية -بالصيغة التى أفرغ النص المطعون عليه فيها- ليس إلا حلقة فى اتجاه عام تبناه المشرع أمدا طويلا فى إطار من مفاهيم جائرة يستحيل تبريرها منطقيا، ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلما فادحا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، متدثرين فى ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الضرورة التى أملتها([2]).

([1]) انظر فى ذلك النزعة السياسية الانتهازية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ المعدل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذى ألقى بكثير من أساتذة الجامعة فى عرض الطريق.

([2]) القضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ قضائية -دستورية- جلسة ١٩٩٧/١١/١٥- قاعدة رقم ٦٥- ص ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن

المبحث الرابع عشر
الأهمية الحقيقة لعيب إساءة استعمال السلطة

٩٥٥- لئن قررت المحكمة الدستورية العليا -والمحكمة العليا من قبلها- بأن النصوص القانونية يجوز تعييبها بإساءة استعمال السلطة، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المطعن، تقلل كثيرا من أهميته العملية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين:

أولاهما: أن المخالفة المباشرة لنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكلية التى فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة اتفاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوما الأغراض المخالفة للدستور التى قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتهما: أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة فى الدستور، بما يجمعهما ببعض فى آن واحد، ليكون القانون - فى مضمونه- مخالفا للدستور ومشوبا فى الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالقيود التى يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التى كفلها الدستور، وكذلك من جهة توخيها لغرض غير مشروع. مثلها فى ذلك مثل القيود التى يرهق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج اجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تناقض الدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية وانتقاصها لها من أطرافها. وهى كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحددت به بواعثها فى تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر فى شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العدوان على أيهما، بغرض غير مشروع.

وحتى فى الأحوال التى تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجا فاضحا كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خلاف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جنائيا؛ فإن هذا القانون -وإن توجه لتحقيق أغراض لا يحميها الدستور- إلا أنه يعتبر مخالفا مباشرة لنص المادة ٦٦ من الدستور التى تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائى، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية ، بل جزاء لا تتوافر فيه خصائصها.

ومن ثم تتقدم هذه المخالفة، سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة فى الوقت الذى تنصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بذواتهم قصد المشرع إفادتهم أو غمط حق لهم من خلال النصوص القانونية التى أقرها فى صورة مجردة

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، ينطوى على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور([1]) وهى مخالفة تكفى وحدها لإبطاله، ولو كانت الأغراض التى لابسته وأثرت فى تكوينه، مخالفة للدستور([2]).

ويتعين القول بالتالى بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتى يشوبها خروج مباشر على نص فى الدستور -شكليا كان أو موضوعيا- لازمها أن تتقدم المخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل فى إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تمس بهيبة أو باعتبار بعض المسؤلين في مجال انتقاد طريقة أدائهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصلها، ويكتسى كذلك بغرض غير مشروع . إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر يتصل بالسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة الطوارئ أو فى زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، تتقدم بالضرورة مجاوزة السلطة باعتباره عيبا إحتياطيا.

وتدخل المشرع في وسائل البحث العلمي أو فى أعمال الإبداع بما يرهقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا التدخل يستحيل أن يتحقق بغير الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العلمية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور تتقدم بالضرورة إساءة استعمال السلطة.

([1]) وفقا لنص المادة ٨٦ يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع. والتشريع هو القواعد المجردة حقيقة لا شكلا.

([2]) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولى مجلس الشعب اختصاص إقرار القوانين والقوانين التي تشير اليها هذه المادة هي التي تفرغ أحكامها في شكل نصوص قانونية تتسم بالعمومية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانونا في شكل قواعد عامة مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصا بعينه هو المقصود بهذا القانون، فإن ذلك القانون يكون مخالفا بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

وإبعاد مواطن عن وطنه يناقض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان الغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يثير قلاقل في وجه الدولة، كان قرار الإبعاد مخالفا في آن واحد لنص المادة ٥١ من الدستور، ومتشحا كذلك بغير غرض المشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتعليق حق المواطنين في الإجتماع على ترخيص، يناقض مباشرة نص المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان اشتراط الترخيص السابق على الاجتماع،يتوخى أن تأذن الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يسبحون بحمدها، فإن مصادرة المشرع للحق فى الاجتماع، يكون كذلك مشوبا بغرض غير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقس على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيدها المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الاغراض التي يتوخاها.

الفصل السابع

الرقابة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرياتهم

٩٥٦- تثور قضية كبرى حول ما إذا كان اختصاص الجهة القضائية بالفصل فى دستورية النصوص القانونية ينحصر فى النصوص التى أوردها المشرع فى مجال تنظيمه لموضوع معين؛ أم يتعداه إلى النصوص التى أهملها، والتى لا يكتمل التنظيم القانونى للحق أو للحرية بدونها.

وتبدو أهمية هذه القضية وخطورتها من ناحيتين:

أولاهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما: أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية. وتتمثل هذه الحماية فى الضمانة التى يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتى يعتبر إنفاذها شرطا للانتفاع بها فى الصورة التى تصورها الدستور نطاقا فاعلا لها.

وهذه الضمانة ذاتها هى التى يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التى ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات.

وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلا تنفسها فى مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التى لها شأن فى ضمان قيمتها العملية.

فإذا نظمها المشرع تنظيما قاصرا، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانبا من النصوص القانونية التى لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالا بضماناتها التى هيأها الدستور لها. وفى ذلك مخالفة للدستور.

٩٥٧- فحق الاقتراع المخول لكل مواطن، مؤداه أن يكون لصوته القيمة ذاتها التى منحها المشرع لغيره من المواطنين؛ وأن تتهيأ لكل مواطن مكنة حقيقة يفاضل من خلالها بين المرشحين المتزاحمين على المقاعد التمثيلية؛ وأن ينظم المشرع زمن، ومكان الحملة الانتخابية وكيفية مباشرتها؛ بما يكفل حيدتها وإنصافها؛ وأن يحيطها بكل ضمانة تعزز مصداقيتها؛ وأن يكفل كذلك للمتزاحمين عليها حقوقا يتساوون بها فى فرص الفوز بمقاعدها، وعلى الأخص

من خلال تنظيم حدود الأموال التى تتدفق فيها، وبيان مصادرها وأوجه إنفاقها؛ وألا يقسم المشرع الدوائر الانتخابية على نحو يكفل تمزيق أصوات المعارضين وتشتيتها.

وقد يتصور البعض أن اشتمال التنظيم القانونى لحق الاقتراع، على كافة النقاط السابق بيانها، يجعل هذا التنظيم متكاملا، ونائيا عن مخالفة الدستور.

بيد أن هذا النظر يعتريه قصور يتحصل فى أن الحملة الانتخابية قد تتحور نتائجها من وجهين على الأخص:

أولهما: أن اشتراط الإشراف القضائي علي عملية الاقتراع عملا بنص المادة ٨٨ من الدستور، لا يقتصر على مرحلة إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع.

ذلك أن الحملة الانتخابية كما تفسد نتائجها من خلال تزوير الأصوات التي أدلى بها فيها، فإن الناخبين قد يتعرضون قبل توجههم إلى صناديق الاقتراع لألوان من الضغوط يرزحون تحتها مما يخل بحيدتها. وهو ما يتحقق إذا لم ينبسط الإشراف القضائي على كافة مراحل العملية الانتخابية بدءاً من القيد في الجداول الانتخابية، ومروراً بطريق وصول الناخبين إلى صناديق الاقتراع، وانتهاء بمرحلة إدلائهم بأصواتهم في هذه الصناديق، ليحيط الإشراف القضائي بالعملية الانتخابية في كافة مراحلها.

ثانيهما: أن الصفة التي يدخل بها المرشحون في الحملة الانتخابية لا يجوز لهم تغييرها بعد فوزهم بالمقاعد النيابية. ذلك أن صفتهم هذه هي التي دخلوا في صراع الحملة الانتخابية على أساسها، وهي التي كانت محل اعتبار الناخبين في تحديد وجهة أصواتهم، وما كان المرشحون بالتالي ليحصلوا على مقاعدهم النيابية، لو كانت لهم صفة غيرها. ويزيد الأمر سوءا" ما نراه من أن تغيير المرشحين لصفاتهم التي رشحوا على أساسها، لم يكن في كثير من الاحيان عملا فرديا بل تصرفا من كثيرين منهم قصدوا به تحقيق مغانم يلتمسونها. وهي مغانم لا شأن لها بآراء جديدة آمنوا بصحتها وغيروا عقيدتهم للدخول فيها.

ومن ذلك ماشهدناه في الحملة الانتخابية الأخيرة من أن كثيرين رشحوا أنفسهم بوصفهم مستقلين عن السلطة الحاكمة وحزبها المهيمن، حتى إذا ما فازوا فى الحملة الانتخابية، انقلبوا على أعقابهم، وانضموا إلى حزبها سعيا وراء مغانم يتوقعونها من وراء هذا الانضمام -وليس إيماناً منهم بمبادئ- غير عابئين بأن تغييرهم لهويتهم، هو تحوير لإرادة الناخبين التى أعطتهم ثقتها بوصفهم مستقلين، وصرفها إلى غير وجهتها الحقيقية. فلا يكون

عملهم غير تزوير لهذه الإرادة يماثل من كل الوجوه إبدال الأصوات الصحيحة بغيرها أو إسقاطها كلية.

وعدم جواز تغيير الفائز فى الحملة الانتخابية للصفة التى انتخب على أساسها، هى القاعدة، سواء كان التغيير من مستقل إلى حزبى أو من حزب إلى آخر. ذلك أن الذين يدخلون فى العملية الانتخابية بناء على صفة بذاتها كانت محل اعتبار الناخبين وقت إدلائهم بأصواتهم لصالحهم، يفترض فيهم أن يحتفظوا بهذه الصفة التى أدخلها الناخبون فى اعتبارهم وقت انتخابهم، فإذا غيروها فيما بين جولتين انتخابيتين، صار انتخابهم بلا معنى([1]).

By standing for election under given party labels, candidates are in effect committing themselves to the support of those parties for the term of office. If that were not so, the use of the vote to choose between different programmers and political tendencies would be rendered meaningless.

ويفترض اكتمال التنظيم القانونى لحق الاقتراع، أن يشتمل على كافة النصوص التى تمنع تحوير إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فإذا خلا هذا التنظيم من تلك النصوص، كان قاصرا فيما لم يشتمل عليه منها، وتعين اعتبار هذا القصور إغفالا تشريعيا مخالفا للدستور، شأن هذا الإغفال فى ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصودا من المشرع، أم كان مرده إلى سوء فهمه لأحكامه.

كذلك يفترض ضمان الدستور لحق الدفاع أن يكون فعالا. ويقع بالتالى مخالفا للدستور كل تنظيم قانونى لهذا الحق، إذا خلا من النصوص القانونية التى تكفل اتصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك فى كافة المراحل المؤثرة فى مصيره بما فى ذلك مرحلة التحقيق الابتدائى، ثم مرحلة الاتهام التى أعقبتها وحتى الفصل فيه.

وهى ضمانة تشمل كذلك إمكان الطعن فى الحكم الصادر فى الاتهام، وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التى يعد فيها الدفاع، بما فى ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم -ولو بكفالة غير مغالى فيها- إذا كان هذا الإفراج مبررا كأن يكون لازما لتحضير وثائق تدحض التهمة وتنفيها.

بل إن حق الدفاع يختل كذلك في كل محاكمة اختصر المشرع إجراءاتها، أو لم يكفل علانية جلساتها، أو لم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوازن بها الحقوق التي كفلها لسلطة

([1]) David Beethan and Kevin Boyle, Introducing democracy. UNESCO Publishing 1995. p.59

الاتهام، كأن يخل بشرط مواجهة المتهم لشهود النيابة، أو بحق المتهم في أن يحصل على شهوده الذين ينفون الاتهام ويقارعون النيابة في أدلتها

وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم، هو إخلال بضمانة الدفاع ذاتها التى كفلها الدستور. ويتعين أن يكون الجزاء على هذا الإغفال، هو عين الجزاء المقرر على العدوان على حق الدفاع بنص قانوني مباشر.

ذلك أن ضمان الدستور لحق الدفاع -وعلى ماجرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كافلاً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذا الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود. فلا يكون بنيان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بينهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهاراً لكل حقائقها، واتصالاً بكافة عناصرها([1]).

٩٥٨- وما تنص عليه المادتان ٣٤و٣٥ من الدستور من عدم جواز فرض الحراسة على الملكية الخاصة، ومن حظر نزع ملكيتها أو تأميمها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل فى الملكية هو أن تظل لأصحابها؛ وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية؛ وألا ينال المشرع بالتالى من أصلها أو يجردها من لوازمها إلا وفق الشروط والأوضاع التى ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها، إضرارا بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم، كالاستيلاء على الملكية الخاصة بصورة ممتدة تحيلها أعجاز نخل خاوية. ذلك أن الملكية هى المزايا التى تنتجها. فإذا انقض المشرع عليها، أحالها صريما، سواء كان عدوانه عليها بنص تشريعى مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التى كفلها الدستور لها.

٩٥٩- وتنظيم الدستور للحق فى التقاضى، يفترض ليس فقط حق النفاذ إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية. وليس فقط تقرير كل ضمانة قضائية يقتضيها الفصل بصورة منصفة فى حقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائى، وإنما يتعين كذلك أن تتوافر حلقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضى.

([1]) القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ١٣٣ - ص ١١٠٧ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة

أولاهما: أن تؤول المحصلة النهائية للنزاع، إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون، وتضع حدا نهائيا للعدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم التى وقع الإخلال بها.

ثانيتهما: أن تقترن هذه الترضية بالحمل على تنفيذها جبرا، واقتضائها بقوة السلطة من الملزمين بها، إذا لم يقبلوا بها طواعية واختيارا.

وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التى يكتمل بها حق التقاضى، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءا عن النصوص القانونية التي يقرها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحللها إلى فراغ عقيم.

٩٦٠- وضمان الدستور للحرية الشخصية فى إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديموقراطية، يفترض شخصية المسئولية الجنائية وشخصية العقوبة؛ وألا يبتدع القاضي عقوبة بطريق القياس، وألا يجعل المشرع اشخاصاً بذواتهم مسئولين عن فعل أو أفعال لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من القرائن القانونية التحكمية، سبيلاً إلى إعفاء النيابة من اثبات ركن في الجريمة لاتقوم إلا به، أو من توافر أحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقرر المشرع جزاء جنائيا رجعيا، وألا يعطل سريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يحن وقت العمل به؛ وألا يقيد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة؛ وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة؛ وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من قدر الإنسان سواء بالنظر إلى قسوتها أو إلى منافاتها للقيم الخلقية؛ وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تناسبها معها، وألا يخل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام فى الشروط الموضوعية والإجرائية التى تتوافر بها لكل محاكمة منصفة، متطلباتها حتى لا تختل موازينها([1]).

فإذا أغفل المشرع فى دائرة الجريمة والعقاب، شيئا مما تقدم، أخل هذا القانون بنطاق الضمانة التى أحاط بها الدستور الحرية الشخصية التى ارتقى بها إلى حد وصفها بأنها من الحقوق الطبيعية، وصار ذلك القانون بالتالى مخالفا للدستور، وباطلا([2]).

([1]) يلاحظ أن لبعض العقوبات -كعقوبة الإعدام- تنظيم خاص بالنظر إلى خطورتها، كأن يصدر الحكم بفرضها بالإجماع، وبعد التحقيق من عدم توافر ظرف يقارن الجريمة ويخفف عقوبتها، وبشرط أن يصدر الحكم بتوقيعها في إطار من الضمانات القضائية الكاملة، وأن يعرض هذا الحكم على محكمة الطعن بقوة القانون، فإذا سها المشرع عن شئ مما تقدم، كان ذلك إغفالا مخالفا" للدستور.

([2]) يفترض هذا الإغفال، أن يكون الدستور قد سكت عن إيراد النصوص القانونية التى تمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ذلك أن إيراد هذه النصوص فيه، يغنى بداهة عن إيجاب اشتمال القانون المنظم للحرية الشخصية، عليها.

٩٦١- وما ينص عليه الدستور من أن الأسرة هي الوحدة الأولى والأساسية في بنيان الجماعة، يفترض ضمان الدستور للحق في تكوينها؛ ولحق كل شخص في أن يختار بإرادته الحرة الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وفي أن يتخذ ولدا؛ وأن يلحق أبناءه بالمعاهد التعليمية التي يراها أوفى لقدراتهم؛ وللحق في تربيتهم خلقيا ودينيا؛ وللحق في ضمان ترابط الأسرة وتماسكها على امتداد مراحل بقائها؛ وللحق في النفاذ إلى الوسائل الملائمة لإعالتها. فإذا نقض قانون أحد هذه الحقوق، أو لم يحفل بضمانها، صار هذا القانون مخالفا للدستور، سواء فيما نص عليه أو فيما أغفله.

٩٦٢- وما ينص عليه الدستور من ضمان حرية التعبير، يفترض ألا تعاق وسائل مباشرتها، وأن تتعدد طرائق التعبير؛ وأن تكون الآفاق المفتوحة هي نافذتها؛ وألا تكون الحدود الإقليمية حاجزا يحول دونها؛ وأن تقترن بالحق في نشر الآراء على اختلافها؛ وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريراً؛ وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها؛ وفي ألا تصادر الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها؛ وفي ألا يكون الإعلام قائما على الاحتكار، وإنما ينبغي أن تكون سوقه مفتوحة لمن يريد أن يطرقها. فإذا نقض قانون هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها، أو أهمل تقرير بعض جوانبها، كان هذا القانون باطلا ومخالفا للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها.

٩٦٣- تلك صور مختلفة لقصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرياتهم، سواء في ذلك تلك التي كفلها الدستور أو التي قررها المشرع في حدود سلطته التقديرية. وجميعها تؤكد أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز تنظيمها بما لا يحيط بها. فذلك عدوان عليها وامتهان لها لا يعطيها القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

٩٦٤- وما نقرره في هذا المقام ليس منافيا لحكم العقل، وإنما هو تفعيل لكل ضمانة كفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي نص عليها.

فلا تنفصل هذه الضمانة عن الحقوق التي تتصل بها، وإنما تحيط بها من كل جوانبها، لتتهيأ لها فرائض وجودها، وبما يكفل لهذه الحقوق متطلباتها، فلا تهيم في فراغ، ولا تنعدم أو تتقلص الفائدة العملية المرجوة منها، وكان منطقيا بالتالي أن تتدخل المحكمة الدستورية العليا

في كثير من أحكامها[1] لتؤكد أن الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، لازمها أن يحيط المشرع -في تنظيمه لها- بكافة جوانبها. فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا القصور -في الحالتين- بالحماية الواجبة لها، وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. فلا يكون هذا القصور سواء أصابها في نواتها Nucleus[2] أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وترابط أجزائها.

وكما يبطل كل نص قانوني جاوز به المشرع حدود الدستور سواء في أوامره أو نواهيه، فإن الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي -أو رقابة الإغفال- هي التي تحمل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأوفى لها، فلا تقعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها.

---

[1] أنظر في ذلك القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية -دستورية- الصادر حكمها عن المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة فى ١٩٨٨/٣/٧.فقد قضى منطوق هذا الحكم، بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو هذه الهيئة فى مرحلة التحقيق. وقام قضاء المحكمة فى ذلك، على أن إخلال احد أعضاء هيئة قضايا الدولة بالثقة والاعتبار الواجبين فيه، أو بواجبات وظيفته ومقتضياتها، يعتبر ذنبا إداريا مؤاخذا عليه قانونا. وإسناده إليه ينبغى أن يكون مسبوقا بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام، بل يحيط بها جميعها، ويمحص أدلتها مع ضمان الفرص الكافية التى يقتضيها سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فلا يكون التحقيق مبتسرا أو مجردا من ضمان موضوعيته، بل وافيا أمينا. وهذه الحيثية التى قام عليها قضاء الحكم المتقدم، تدل على أن إغفال المشرع تقرير ضمانة كفلها الدستور، يصم بالبطلان النصوص القانونية التى انتقص بها من متطلبات هذه الضمانة. هذا وقد نشر هذا الحكم في ص١٠٣، وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة، بعد أن سقط سهوا من الجزء الثامن من هذه المجموعة.

[2] نواة الحق شبيهة ببؤرة الضوء التي يزول وجود الحق بانطفائها.

الفصل الثاني

الفصل الثالث

رقم الايـــداع : ٢٠٠٣/٩٥٦٦
الترقيم الدولى :977-03-1176-6

CENTRE RENÉ-JEAN DUPUY POUR LE DROIT ET LE DÉVELOPPEMENT

LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONALITÉ DANS SES ASPECTS FONDAMENTAUX

Le Conseiller Dr.
AWAD EL-MORR
Ancien President de la
Haute Cour Constitutionnelle

